



saúde

EM DEBATE

REVISTA DO CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE
VOLUME 43, NÚMERO ESPECIAL 4
RIO DE JANEIRO, DEZ 2019
ISSN 0103-1104

**Direitos humanos,
justiça e saúde**

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE (CEBES)

DIREÇÃO NACIONAL (GESTÃO 2017-2019)

NATIONAL BOARD OF DIRECTORS (YEARS 2017-2019)

Presidente:	Lucia Regina Florentino Souto
Vice-Presidente:	Heleno Rodrigues Corrêa Filho
Diretor Administrativo:	José Carvalho de Noronha
Diretora de Política Editorial:	Lenaura de Vasconcelos Costa Lobato
Diretores Executivos:	Alane Andreilino Ribeiro Ana Maria Costa Claudimar Amaro de Andrade Rodrigues Cristiane Lopes Simão Lemos Stephan Sperling

CONSELHO FISCAL | FISCAL COUNCIL

Ana Tereza da Silva Pereira Camargo
José Ruben de Alcântara Bonfim
Luísa Regina Pessôa

Suplentes | Substitutes

Alcides Silva de Miranda
Maria Edna Bezerra Silva
Simone Domingues Garcia

CONSELHO CONSULTIVO | ADVISORY COUNCIL

Agleildes Arichele Leal de Queirós
Carlos Leonardo Figueiredo Cunha
Cornelis Johannes van Stralen
Grazielle Custódio David
Isabela Soares Santos
Itamar Lages
João Henrique Araújo Virgens
Jullien Dábini Lacerda de Almeida
Lizaldo Andrade Maia
Maria Eneida de Almeida
Maria Lucia Frizon Rizzotto
Sergio Rossi Ribeiro

SECRETARIA EXECUTIVA | EXECUTIVE SECRETARY

Carlos dos Santos Silva

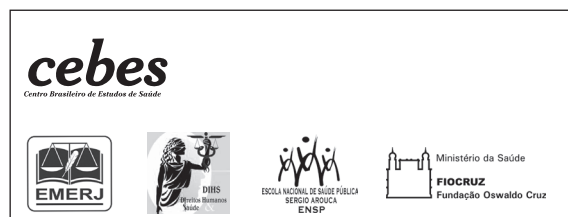
SECRETARIA ADMINISTRATIVA | ADMINISTRATIVE SECRETARY

Cristina Santos

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

Avenida Brasil, 4036 - sala 802 - Manguinhos
21040-361 - Rio de Janeiro - RJ - Brasil
Tel.: (21) 3882-9140 | 3882-9141 Fax.: (21) 2260-3782

A revista Saúde em Debate é associada à Associação Brasileira de Editores Científicos



SAÚDE EM DEBATE

A revista Saúde em Debate é uma publicação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde

EDITORA-CHEFE | EDITOR-IN-CHIEF

Maria Lucia Frizon Rizzotto - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Cascavel (PR), Brasil

EDITORES CIENTÍFICOS | SCIENTIFIC EDITORS

Maria Helena Barros de Oliveira - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Aldo Pacheco Ferreira - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Gabriel Eduardo Schütz - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Lucia Regina Florentino Souto - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Marcos Besserman Vianna - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Maria Aglaé Tedesco Vilaro - Tribunal de Justiça Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Nair Teles - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil

EDITORES ASSOCIADOS | ASSOCIATE EDITORS

Ana Maria Costa - Escola Superior de Ciências da Saúde, Brasília (DF), Brasil
Heleno Rodrigues Corrêa Filho - Universidade de Brasília, Brasília (DF), Brasil
Leda Aparecida Vanelli Nabuco de Gouvêa - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Cascavel (PR), Brasil
Lenaura de Vasconcelos Costa Lobato - Universidade Federal Fluminense, Niterói (RJ), Brasil
Paulo Duarte de Carvalho Amarante - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil

CONSELHO EDITORIAL | PUBLISHING COUNCIL

Alicia Stolkner - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
Angel Martinez Hernaez - Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha
Breno Augusto Souto Maior Fonte - Universidade Federal de Pernambuco, Recife (PE), Brasil
Carlos Botazzo - Universidade de São Paulo, São Paulo (SP), Brasil
Cornelis Johannes van Stralen - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), Brasil
Debora Diniz - Universidade de Brasília, Brasília (DF), Brasil
Diana Mauri - Università degli Studi di Milano, Milão, Itália
Eduardo Luis Menéndez Spina - Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México (DF), México
Elias Kondilis - Queen Mary University of London, Londres, Inglaterra
Eduardo Maia Freese de Carvalho - Fundação Oswaldo Cruz, Recife (PE), Brasil
Hugo Spinelli - Universidad Nacional de Lanús, Lanús, Argentina
Jairnilson Silva Paim - Universidade Federal da Bahia, Salvador (BA), Brasil
Jean Pierre Unger - Institut de Médecine Tropicale, Antuérpia, Bélgica
José Carlos Braga - Universidade Estadual de Campinas, Campinas (SP), Brasil
José da Rocha Carvalheiro - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Kenneth Rochel de Camargo Jr - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Ligia Giovanella - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Luiz Augusto Facchini - Universidade Federal de Pelotas, Pelotas (RS), Brasil
Luiz Odorico Monteiro de Andrade - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza (CE), Brasil
Maria Salete Bessa Jorge - Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza (CE), Brasil
Mario Esteban Hernández Álvarez - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colômbia
Mario Roberto Rovere - Universidad Nacional de Rosario, Rosario - Argentina
Paulo Marchiori Buss - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Paulo de Tarso Ribeiro de Oliveira - Universidade Federal do Pará, Belém (PA), Brasil
Rubens de Camargo Ferreira Adorno - Universidade de São Paulo, São Paulo (SP), Brasil
Sonia Maria Fleury Teixeira - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Sulamis Dain - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Walter Ferreira de Oliveira - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC), Brasil

EDITORA EXECUTIVA | EXECUTIVE EDITOR

Mariana Chastinet

EDITORAS ASSISTENTES | ASSISTANT EDITORS

Carina Munhoz
Luiza Nunes

INDEXAÇÃO | INDEXATION

Directory of Open Access Journals (Doaj)
História da Saúde Pública na América Latina e Caribe (Hisa)
Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (Lilacs)
Periódica - Índice de Revistas Latinoamericanas en Ciencias
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (Redalyc)
Scientific Electronic Library Online (SciELO)
Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex)
Sumários de Revistas Brasileiras (Sumários)

saúde

EM DEBATE

REVISTA DO CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE
VOLUME 43, NÚMERO ESPECIAL 4
RIO DE JANEIRO, DEZ 2019

ÓRGÃO OFICIAL DO CEBES

Centro Brasileiro de Estudos de Saúde

ISSN 0103-1104

APRESENTAÇÃO | PRESENTATION

5 **Direitos humanos e saúde: possíveis caminhos para a justiça**

Human rights and health: possible ways towards justice

Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Maria Aglaé Tedesco Vilardo, Maria Helena Barros de Oliveira

ARTIGO DE OPINIÃO | OPINION ARTICLE

9 **Direitos humanos, justiça e saúde: reflexões e possibilidades**

Human rights, justice and health: reflections and possibilities

Maria Helena Barros de Oliveira, Marcos Besserman Vianna, Gabriel Eduardo Schütz, Nair Teles, Aldo Pacheco Ferreira

15 **O Poder Judiciário em tempos de Estado-Empresa: o caso da 'saúde pública'**

The Judiciary in times of Enterprise State: the case of 'public health'

Rubens Roberto Rebello Casara

ARTIGO ORIGINAL | ORIGINAL ARTICLE

20 **Meu corpo, minhas regras: mulheres na luta pelo acesso ao serviço público de saúde para a realização do aborto seguro**

My body, my rules: women's struggle for access to public health services for the accomplishment of safe abortion

Simone Dalila Nacif Lopes, Maria Helena Barros de Oliveira

34 **Crianças e adolescentes acolhidos no estado do Rio de Janeiro: a adoção é a solução?**

Children and adolescents taken care by the state of Rio de Janeiro: is adoption the solution?

Sandro Pitthan Espindola, Marcos Besserman Viana, Maria Helena Barros de Oliveira

48 **A judicialização da saúde: uma atuação da magistratura na sinalização da necessidade de desenvolvimento e de implementação de políticas públicas na área da saúde**

The judicialization of health: the role of the judiciary branch in signalling the need for development and implementation of public health policies

Soraya Pina Bastos, Aldo Pacheco Ferreira

61 **Judicialização de medicamentos no Estado do Rio de Janeiro: evolução de 2010 a 2017**

Judicialization of medicines in the State of Rio de Janeiro: development from 2010 to 2017

Letícia de Oliveira Peçanha, Luciana Simas, Vera Lucia Luiza

71 **Bases jurídicas e técnicas das sentenças dos Juizados Especiais Fazendários do Rio de Janeiro (RJ), 2012-2018**

Legal and technical basis of the sentences of the Special Courts of the Public Treasury of Rio de Janeiro (RJ), 2012-2018

Elizabeth Maria Saad, José Braga, Elvira Maria Godinho de Maciel

-
- 83** **Acesso aos medicamentos: aplicação da seletividade constitucional no imposto sobre circulação de mercadorias e serviços**
Access to medicines: application of constitutional selectivity in tax on circulation of goods and services
Letícia D'Aiuto de Moraes Ferreira Michelli, Maria Aglaé Tedesco Vilaro, Rondineli Mendes da Silva
- 95** **Decisões estruturais em demandas judiciais por medicamentos**
Structural decisions in lawsuits for medication
Rafael Rezende das Chagas, Aldo Pacheco Ferreira, André Luiz Nicolitt, Maria Helena Barros de Oliveira
- 111** **A atuação do Poder Judiciário na concreção das políticas públicas de saneamento básico: possibilidades e limites**
The role of the Judiciary Power in the accomplishment of public basic sanitation policies: possibilities and limits
Sandro Lucio Barbosa Pitassi, Aldo Pacheco Ferreira
- 126** **O sistema de justiça biologizante-mecanicista na hermenêutica poético-linguística**
The biological-mechanistic justice system in poetic-linguistic hermeneutics
André Felipe Alves da Costa Tredinnick, Maria Helena Barros de Oliveira
- 140** **Lei Maria da Penha: uma análise crítica à luz da criminologia feminista**
Maria da Penha Law: a critical analysis in the light of feminist criminology
Beatriz de Oliveira Monteiro Marques, Regina Maria de Carvalho Erthal, Vania Reis Girianelli
- 154** **Da violência sexual e outras ofensas contra a mulher com deficiência**
Sexual violence and other offenses against women with disabilities
Regina Lucia Passos, Fernando Salgueiro Passos Telles, Maria Helena Barros de Oliveira
- 165** **Possíveis dilemas envolvendo a pessoa transexual requalificada e terceiros que podem ter seus registros em parte alterados**
Possible dilemmas involving the requalified transgender person and third parties who may have their records partly changed
Katylene Collyer Pires de Figueiredo, Gabriel Eduardo Schutz
- 178** **O tratamento da pornografia de vingança pelo ordenamento jurídico brasileiro**
The treatment of revenge pornography by the Brazilian legal system
Renata de Lima Machado Rocha, Roberta Duboc Pedrinha, Maria Helena Barros de Oliveira
- ENSAIO | ESSAY

- 190** **Acesso das pessoas com deficiência mental aos direitos e garantias previstos na Lei Brasileira de Inclusão por meio do Sistema Único de Assistência Social**
Access of persons with mental disabilities to the rights and guarantees provided for in the Brazilian Inclusion Law through the Unified Social Assistance System
Tania Paim Caldas de Abreu, Maria Aglaé Tedesco Vilardo, Aldo Pacheco Ferreira
- 207** **A razão pode ser instrumento de inclusão da loucura? Olhares sobre a medida de segurança**
Can reason be a tool for including madness? Views on the security measure
Ariadne Villela Lopes, Gabriel Eduardo Schutz
- 219** **O tratamento de doenças raras no Brasil: a judicialização e o Complexo Econômico-Industrial da Saúde**
The treatment of rare diseases in Brazil: the judicialization and the Health Economic-Industrial Complex
Pedro Ivo Martins Caruso D'Ippolito, Carlos Augusto Grabois Gadelha
- 232** **As tutelas de urgência com pedidos de saúde em sede de plantão judiciário noturno**
The emergency relief with health requests in the night court
Flávia de Azevedo Faria Rezende Chagas, Maria Aglaé Tedesco Vilardo, José Carvalho de Noronha
- 244** **Sistema educacional inclusivo constitucional e o atendimento educacional especializado**
Constitutional inclusive education system and specialized educational care
Adriana Marques dos Santos Laia Franco, Gabriel Eduardo Schutz
- 256** **O eclipse da interseção entre público e privado: o financiamento público do subsetor privado de saúde à luz da Constituição Federal**
The eclipse between public and private: public financing of the private sector in light of the Brazilian Constitution
Ana Paula Azevedo Gomes, Elvira Maria Godinho de Maciel

Direitos humanos e saúde: possíveis caminhos para a justiça

Caetano Ernesto da Fonseca Costa¹, Maria Aglaé Tedesco Vilaro¹, Maria Helena Barros de Oliveira²

DOI: 10.1590/0103-110420195400

ESTE NÚMERO TEMÁTICO REPRESENTA A PRODUÇÃO do primeiro Mestrado Profissional Justiça e Saúde para a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj), produto do Convênio 001/2016 celebrado entre a Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e a Emerj.

O sucesso deste investimento fica patente pela qualidade das pesquisas realizadas pelos juízes, que refletem não só a excelência do conhecimento ministrado, mas também e principalmente o processo evidente de humanização e desenvolvimento de competências vinculadas à sensibilidade, reflexão e crítica por que passaram esses alunos, que exercem a magistratura.

Esse amadurecimento e essa autorreflexão, aliados ao conhecimento, formaram pessoas melhores, o que desagua felizmente na maior qualificação e responsabilidade de quem irá julgar seu semelhante. A magistratura ganha com este diálogo, mas a conquista é da sociedade, que passa a ver uma aproximação dos seus problemas reais com uma justiça nova, um Poder Judiciário em preparo contínuo para enfrentar os desafios da contemporaneidade após tantas conquistas biotecnocientíficas. O Judiciário que insiste em ter o humano à sua frente e não o processo, conversando com o mundo e com as demais instituições.

Por outro lado, o Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS), da Ensp, vinha construindo uma trajetória de formação por meio do mestrado profissional muito consistente no campo dos direitos humanos e saúde, privilegiando questões como justiça, cidadania, judicialização, violências de gênero, sistema prisional e saúde, raça e etnia, entre outros temas. Na perspectiva do aprofundamento da questão direitos humanos e saúde, foi necessária uma aproximação com o Poder Judiciário, que se concretizou com vários eventos entre o DIHS e a Emerj desde o ano de 2003.

A conjugação de interesses mútuos que culminou com a realização do Curso de Mestrado Profissional viabilizou o aprofundamento de questões muito importantes no campo da saúde e as possibilidades da prestação da tutela jurisdicional, que se destaca pelo compromisso com a busca pela justiça.

É importante destacar que a escolha para publicação na revista ‘Saúde em Debate’, por intermédio do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes), entidade nacional criada em 1976, ‘cuja missão histórica é a luta pela democratização e a defesa dos direitos sociais, em particular o direito universal à saúde’, deve-se à importância e à respeitabilidade acadêmica da referida revista.

Finalmente, o direito à saúde está inserido nas relações do sujeito de direitos com o mundo em que vive, com seu nível de desenvolvimento, com a incrementação do reconhecimento da igualdade humana, com a participação de populações vulneráveis, como os transexuais, com

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil. caetanoernesto@tjrj.jus.br

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



o antirracismo, inclusive em relação às crianças órfãs, com a devida informação de sujeitos de direitos e dos profissionais que atuam em auxílio à justiça e à saúde, com os avanços feministas, no reconhecimento da condição das mulheres e sua emancipação, com a aplicação das convenções internacionais para as pessoas de qualquer idade com deficiência seja física ou cognitiva, com saneamento básico e nutrição, com as questões que envolvem a saúde nas prisões, entre outros. A saúde como direito humano, mas sobretudo como instrumento de emancipação social. “Temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza, temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”¹.

Colaboradores

Costa CEF (0000-0002-6045-3752)*, Vilaro MAT (0000-0002-6632-2622)* e Oliveira MHB (0000-0002-1078-4502)* contribuíram igualmente para a elaboração do manuscrito.

Referência

1. Santos BS. O pensador [internet]. [acesso em 2019 dez 12]. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MTEzNTEwNw/>.

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Human rights and health: possible ways towards justice

Caetano Ernesto da Fonseca Costa¹, Maria Aglaé Tedesco Vilardo¹, Maria Helena Barros de Oliveira²

DOI: 10.1590/0103-110420195400

THIS THEMATIC ISSUE REPRESENTS THE PRODUCTION of the first Professional Master's Degree in Justice and Health for the Rio de Janeiro State Judiciary School (Emerj), a product of the Agreement 001/2016 signed between the Sergio Arouca National School of Public Health (Ensp) from the Oswaldo Cruz Foundation (Fiocruz), and the Emerj.

The success of such investment is evident from the quality of the research carried out by the judges, which reflects not only the excellence of the knowledge ministered, but also and above all the evident process of humanization and development of competences linked to the sensitivity, reflection, and criticism that those students, who exercise the judiciary profession, have gone through.

Such level of maturation and self-reflection, allied with knowledge, have formed better people, which fortunately results in the greater qualification and responsibility of those who will judge their fellow men. The judiciary exercise naturally gains much from this dialogue, but the conquest is no one's but society's, which now sees an approximation of its real problems with a new justice, a new judiciary branch in continuous preparation to face the challenges of contemporaneity after so many biotechnoscientific achievements. The judiciary power that insists on placing the human in first place, and not the process, conversing with the world and other institutions.

On the other hand, Ensp's Department of Human Rights, Health and Cultural Diversity (DIHS) had been building a formal education path through a very consistent professional master's degree in the field of human rights and health, focusing on issues such as justice, citizenship, judicialization, gender violence, prison system and health, race, and ethnicity, among other topics. With a view to deepening the issue of human rights and health, it was necessary to get closer to the judiciary branch, which has been materialized through several events held between the DIHS and the Emerj, since 2003.

The combination of mutual interests that culminated in the completion of the Professional Masters Course enabled the deepening of very important issues in the field of health as well as the possibilities of providing judicial protection, which stands out for its commitment to the pursuit of justice.

It is important to highlight that the choice for the publication in the journal 'Saúde em Debate', through the Brazilian Center for Health Studies (Cebes), a national entity created in 1976, 'whose historical mission is the struggle for democratization and the defense of social rights, especially the universal right to health', is due to the importance and academic respectability of the journal.

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil. caetanoernesto@tjrj.jus.br

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Last but not least, the right to health is inserted in the relations of the subject of rights with the world in which he lives, with his level of development, with the increased recognition of human equality, with the participation of vulnerable populations, such as transsexuals, with anti-racism, including in relation to orphaned children, with the due information of subjects of rights and of professionals working in support of justice and health, with feminist advances, in recognizing the condition of women and their emancipation, with the application of international conventions for people of any age with physical or cognitive disabilities, with basic sanitation and nutrition, with issues regarding health in prisons, among others. Health as a human right, but above all as an instrument of social emancipation. “We have the right to be equal when difference makes us inferior, we have the right to be different when equality mischaracterize us”¹.

Collaborators

Costa CEF (0000-0002-6045-3752)*, Vilardo MAT (0000-0002-6632-2622)* e Oliveira MHB (0000-0002-1078-4502)* have equally contributed to the elaboration of the manuscript.

Reference

1. Santos BS. O pensador [internet]. [acesso em 2019 dez 12]. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MTEzNTEsNw/>.

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Direitos humanos, justiça e saúde: reflexões e possibilidades

Human rights, justice and health: reflections and possibilities

Maria Helena Barros de Oliveira¹, Marcos Besserman Vianna¹, Gabriel Eduardo Schütz², Nair Teles¹, Aldo Pacheco Ferreira¹

DOI: 10.1590/0103-11042019S401

O DIREITO À SAÚDE, PREVISTO NOS ARTS. 6º, 196 e seguintes da Constituição Federal¹, insere-se nos direitos sociais fundamentais². Por conseguinte, depara sua origem no constitucionalismo contemporâneo, sendo considerado um direito humano primordial³. A garantia dos direitos humanos, por sua vez, apresenta-se como condição fundamental para o exercício de outros direitos sociais⁴, e sua efetivação revela dificuldades para a consolidação de novas formas de partilha de poder político e direcionamento das decisões políticas para o interesse público resultante no fortalecimento dos valores democráticos da soberania popular e do respeito aos direitos fundamentais, tal como é o direito à saúde⁵.

Vivemos o grande

impasse que os direitos humanos atualmente atravessam enquanto linguagem capaz de articular lutas pela dignidade é, em larga medida, um espelho de exaustão epistemológica e política que assombra o Norte Global⁶⁽⁹⁾.

Assim, passa-se a uma compreensão estreita de que os direitos humanos simplesmente se tornaram um mínimo denominador comum de direitos, que muito pouco enfrenta a sua verdadeira essência que é a grande luta contra a opressão e as injustiças que afetam a humanidade em termos globais, opressão e injustiças criadas pelo capitalismo, pelo colonialismo e pelo patriarcado.

Não há que se discordar que a linguagem dos direitos humanos se tornou hegemônica global. Entretanto, o grande desafio é saber se essa linguagem poderá ser usada de forma contra-hegemônica, possibilitando que as grandes lutas contra a opressão e as injustiças tenham, de fato, efetividade; e que a dor humana, que é parte natural de populações vulneráveis, possa ser extirpada, criando um mundo onde prevaleça valores como a justiça, a dignidade e a equidade.

Imaginar os direitos humanos como uma linguagem contra-hegemônica implica perceber porque é que tanto sofrimento injusto e tantas violações à dignidade humana não são reconhecidas como violações de direitos humanos⁶⁽¹⁴⁾.

As expressões de ódio contra identidade e orientações sexuais assumem proporções inimagináveis, chegando ao absurdo de compor, em alguns países, políticas públicas. O racismo,

¹Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
mhelenbarros@globocom

²Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (Iesc) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



principal elemento que fomenta a violência contra jovens negros das periferias, segue construindo um número cruel de mortes, que, para além da finitude da vida, escrevem uma história de esperanças perdidas, de futuros que se dissolveram como poeira no ar. Ser mulher neste mundo atual é lutar diuturnamente por não ser mercadoria, por ter autonomia e voz, por definir seu destino e buscar suas prioridades.

Embora o processo de positivação das declarações de direitos não desempenhe uma função estabilizadora, a tutela do direito à saúde é um dos tantos desafios que estão postos diante da humanidade nos tempos hodiernos⁷. Sua efetividade não é apenas uma exigência formal positivada em textos jurídicos constitucionais ou internacionais. O respeito ao ser humano como valor-fonte de toda a ordem jurídica é um postulado humanista. Ademais, para muito além disso, a saúde é imprescindível para uma vida digna e traduz uma exigência ética humana.

O direito à saúde no Brasil foi-se transformando de um direito vinculado à seguridade social, para sua existência de forma autônoma como direito fundamental constitucional a partir do advento da Constituição Federal⁸, então valorizado como um dos mais importantes direitos sociais, enfaticamente reafirmado no art. 196:

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação¹.

Essa compreensão do direito à saúde a partir de uma concepção ampliada de saúde, tendo como base a determinação social da saúde, é uma compreensão mais avançada do processo saúde-doença, deslocando-se do corpo doente, e caminhando para as evidências dos múltiplos determinantes, com foco acentuado na noção de fatores de risco, diluindo assim

as fronteiras entre doentes e supostamente saudáveis. Trata-se de uma confrontação à biomedicalização da vida, que tenta estimular as pessoas a pensar que a saúde depende de uma gama/diversidade de determinantes, que a sua implementação é um desafio. A biomedicalização é conceituada como:

[...] um poder que se exerce, positivamente, sobre a vida, que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto⁸⁽¹⁴⁹⁾.

Ou seja, formas de controlar as vidas das pessoas determinando o que e como elas devem viver. Contudo, no cotidiano, as pessoas, mesmo sem ter o conhecimento do conceito ampliado de saúde, têm por costume compreender assim. Pessoas com sobrepeso culpam a falta de dinheiro para comprar alimentos mais saudáveis, a falta de tempo para se exercitar e/ou cozinhar, o cansaço da vida laboral. Pessoas estressadas se dizem nervosas pelas situações no trabalho, pelas condições financeiras, de moradia, a violência, falta de segurança em um futuro de bem-estar para si e para seus filhos. A experiência da saúde é amplamente relacionada com outras condições de suas existências.

A biomedicalização nos tempos atuais tem sido fortemente associada à culpabilização do indivíduo, como se a responsabilidade pelo processo de adoecimento fosse apenas de cada pessoa. Não fume, não use drogas, não seja sedentária, não se exponha ao sol, faça exames de rastreamento, controle seu colesterol, não coma isso ou aquilo, e assim por diante, principalmente devido às suas escolhas de vida. É como se as escolhas que fazemos não fossem influenciadas por outras condições sociais e culturais. Talvez mais abrangente e efetiva fosse a culpabilização dos indivíduos se incorporasse valores mais amplos. Não seja pobre, não seja desempregado, não more em locais violentos ou poluídos. Hoje há um exagero no direcionamento dos indivíduos para a autorresponsabilização por sua saúde. A

tentativa, nessa postura política, para Castiel⁹, é a redução de custos na assistência em saúde.

A saúde depende de tantos determinantes que ninguém a pode garantir, portanto, como direito, deve ser interpretado como um direito humano, que obriga a garantia não só dos cuidados de saúde oportunos e eficazes como também ao provimento da água necessária de forma segura, saneamento, alimentos seguros e saudáveis, habitação protegida e salubre, conhecimento, cultura, o enfrentamento das mudanças climáticas e ambientais, enfrentamento a questões de racismo e homofobias, entre outros.

Esse descompasso entre a previsão constitucional de acesso, formal e generalizado, à saúde como um direito fundamental, e a desigualdade material decorrente das desigualdades estruturais do sistema capitalista neoliberal revela de forma provocadora o *deficit* de cidadania das maiorias pobres, bem como de pessoas encarceradas, desprovidas das mínimas condições sanitárias, ambientais ou da consolidação dos direitos fundamentais.

As violações ou a falta de atenção aos direitos humanos não apenas contribuem e exacerbam problemas de saúde na população, mas podem ter sérias consequências para a saúde de pessoas com deficiências, populações indígenas, transgêneros, levando a um cenário de risco de maior exposição a violações dos direitos humanos, que, por vezes, abrange tratamentos e procedimentos coercivos ou forçados¹⁰.

Todos nós temos o direito ao mais alto possível padrão de saúde física e mental, sem discriminação, onde quer que estejamos, e sejam quais forem as nossas circunstâncias. No entanto, existe uma lacuna importante entre o reconhecimento do direito ao mais alto padrão atingível de saúde e sua implementação. Legisladores e políticos devem ser convencidos de suas responsabilidades para proteger direitos econômicos, sociais e culturais da mesma forma como eles são obrigados a proteger os direitos civis e políticos.

A crise econômica global viola o direito à saúde. Na medida em que as desigualdades

sociais e econômicas aumentam, os problemas ligados ao acesso e à qualidade no sistema único de saúde ficam cada vez mais arriscados. Não é tarefa fácil, mas se não repensarmos as ações em prol da saúde enfrentando conflitos dessa magnitude, o direito humano à saúde continuará sendo violado. Um enorme desafio no campo da saúde é identificá-la como um fenômeno multidimensional, que não depende exclusivamente ou principalmente de acesso aos serviços de saúde e ao uso de medicamentos.

Embora a solução para os problemas sociais não possa se resumir à atuação do Judiciário sendo dependente da conquista de uma sociedade menos desigual, não se pode desconsiderar o fato de que as leis e os processos podem ser vistos como instrumentos de pressão para a atuação eficaz das demais funções estatais na concretização das políticas públicas.

A ação efetiva do Poder Judiciário, no caso da defesa dos direitos humanos, ultrapassa o âmbito individual – entre eles, o da saúde –, e somente será possível quando os ideais da justiça social forem assimilados pela sociedade. Sendo assim, a concretização do direito à saúde não depende unicamente do Judiciário, mas, principalmente, da vontade política. Só com um modelo de desenvolvimento que privilegie o bem-estar humano ao invés do lucro será possível a concretude dos direitos fundamentais respeitando a Constituição de 1988¹. A luta pelo acesso a uma sociedade mais justa mediante a ampliação do acesso à justiça dos tribunais constitui-se significativo meio de pressão democrática para que as políticas necessárias sejam implementadas.

O conhecimento dos fundamentos teóricos das atuais teorias da justiça e suas implicações no campo de saúde podem ajudar a orientar decisões. Agregar competências com a saúde, baseada em uma teoria da justiça, pode oferecer uma grande ajuda na identificação de injustiças, em regra, com caráter desigual em termos de saúde. A intervenção judicial deve ser um ambiente propício para que os juízes colaborem para o processo decisório

dos demais poderes, ampliando a participação democrática ou gerando espaços de debate e diálogo interinstitucional. O Judiciário teria assim um papel provocante, promovendo a validade dos direitos e instigando a identificação falhas do sistema e definição de mecanismos para garantir o direito à saúde. Uma atuação do judiciário espelhado em compromissos com um processo democrático.

Hoje, travam-se grandes discussões sobre o sistema de justiça conservador e a possibilidade de uma Justiça Restaurativa:

Nessa aurora dos questionamentos do sistema de Justiça convencional, é possível vislumbrar que qualquer sistema de justiça tem de se estruturar com estrita observância aos direitos fundamentais, isto é, limites intransponíveis à atuação do Estado no exercício de sua soberania¹¹.

Conclui o autor que:

O sistema de Justiça Restaurativa emerge, portanto, não inexoravelmente do resgate de práticas ancestrais do ser humano, mas especialmente pela falência da contrafação do sistema de justiça estatal no campo penal, e pelo esgotamento de sua pretensão universalizante nos demais campos, num movimento de atrito, de resistência popular¹¹.

A argumentação que ora se apresenta procura enfatizar e trazer à discussão a relação entre a saúde, o campo jurídico e os direitos humanos. Ela pretende ser um meio pelo qual conhecimento e prática discutam a saúde como um direito fundamental da pessoa humana, cuja “realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor”¹².

Focalizam as múltiplas faces da produção do direito à saúde, tendo na justiça social sua base de discussão e implementação. Nas diversas perspectivas, há a tentativa de organizar ideias e ações que constroem competências relacionadas com os processos de determinação da saúde. Tentamos colaborar para a criação

de uma cultura de direitos humanos e saúde, permitindo aproximarmos-nos da concretização de que o

ideal do ser humano livre e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos¹³.

A dignidade humana, composta por princípios e valores que visam garantir a cada cidadão que o respeito aos direitos elementares seja observado por parte do Estado, subjaz à relação acima destacada. Ela sintetiza, hoje, o processo de racionalização que, ao longo do tempo, promoveu mudanças em seu significado alterando-o gradativamente, sedimentando-o até chegar a se constituir em princípio e instrumento de legitimação. Indissociável, hoje mais que ontem, à justiça e aos direitos humanos, ela é um dos poucos valores consensuados, um princípio pragmático e universalmente aceito.

Os aspectos aqui destacados não têm como objetivo uma homogeneização de pensares tampouco de perspectivas. Ao contrário, trazem a pluralidade tão cara ao processo democrático em que ideias diversas têm a possibilidade de diálogo, a fim de que o leitor possa, por ele mesmo, construir uma forma de ver, estar, interpretar o mundo, dar sentido as relações sociais cotidianas.

O que se pretende com este trabalho é apontar alguns elementos que direta e/ou indiretamente se consideram relevantes quando se traz à discussão a relação entre saúde e direitos humanos. Aos aspectos, por vezes, dispares a respeito desse par, subjaz aquilo que se deve valorizar ou negligenciar. De fato, discute-se o que se almeja e o que se pretende obter das diversas esferas do Estado e da sociedade civil.

O sentimento de comunidade ancorado na preocupação com o todo é possível em uma sociedade que possua cânones que fundamentam algum tipo de redistribuição, na medida em que uma sociedade desigual socioeconomicamente compromete a solidariedade democrática.

Não se pleiteia uma visão uniforme de sociedades e de estilos de vida, mas a validação ética sobre a dignidade humana como um fim, promotora de instrumentos conectados a meios e formas de agir para além de crenças ideológicas. Uma exigência ética visto que é estabelecida a partir de um exercício racional e é objetivo de equivalência entre direitos e deveres.

O reconhecimento mútuo e a aceitação de princípios de justiça são o que queremos fazer por sermos seres racionais, livres e iguais, possuidores de um entendimento criterioso do público, de justiça, sobre as quais as relações sociais se assentam¹⁴.

Os direitos humanos, com suas declarações, cartas, pactos, formam um conjunto de proposições éticas; e a sua materialização aparece nas instituições que compõem o sistema das Nações Unidas e nas leis e decretos das sociedades que ratificam essas mesmas proposições. Procura-se afastar, o quanto possível, das necessidades de grupos socioeconômicos predominantes e de países hegemônicos, privilegiando o que é vantajoso para todos e possível por corresponder a um momento histórico, fruto do que foi politicamente possível ser consensuado.

Na Declaração de Alma-Ata¹², reafirma-se, de forma inequívoca, que a saúde das populações decorre de situações políticas, sociais, culturais associadas a maior ou menor escassez de recursos, à pobreza e à falta de integração nacional, regional e internacional. Dessa forma, a abordagem dos direitos humanos rompe com a prática costumeira e circunscrita de descrever, recriminar e sancionar países, grupos e indivíduos por abusos e desrespeito, relaciona-os, indelevelmente, ao cotidiano dos indivíduos, como no caso da saúde, que

passa a ser entendida para além da dimensão médica-biológica, ou seja, da doença em si.

Assim, a promoção e a proteção da saúde e dos direitos humanos estão inexoravelmente interligadas uma vez que a concepção aqui trazida entende a saúde como algo que transcende ao biológico, em que há determinantes sociais a serem considerados e respeitados. A relação entre saúde e direitos humanos está calcada na imprescindível construção da cidadania e, portanto, de uma sociedade democrática.

As violações aos direitos humanos abalam os alicerces da justiça social porque elas levam à dor, à falta de esperança, à sensação de abandono social, à iniquidade. Uma sociedade justa e equitável pressupõe uma concepção de saúde que vai além da ausência de doença. A aceitação de uma certa ideia de humanidade na qual se reconhece a existência de indivíduos e de grupos com necessidades diversas tem na dignidade da pessoa humana seu eixo norteador. Reafirma-se, assim, a existência da diversidade, da necessária alteridade e da solidariedade como caminho possível da existência de uma sociedade de paz.

Colaboradores

Oliveira MHB (0000-0002-1078-4502)*, Vianna MB (0000-0001-9411-2086)* e Teles N (0000-0003-0481-504X)* contribuíram para o desenvolvimento do artigo, concepção e pesquisa. Schütz GE (0000-0002-1980-8558)* contribuiu para a análise, interpretação dos dados e aprovação da versão final do manuscrito. Ferreira AP (0000-0002-7122-5042) contribuiu para a concepção, planejamento, análise; revisão crítica do conteúdo; e aprovação da versão final do manuscrito. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2019 ago 20]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
2. Figueiredo HC. Saúde no Brasil: Sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas. Curitiba: Juruá; 2015.
3. Dworkin R, Borges LC. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes; 2000.
4. Reale M. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva; 1994.
5. Menicucci TMG. Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2007.
6. Santos BS, Martins BS. O pluriverso dos Direitos Humanos – A diversidade das Lutas Pela Dignidade. Belo Horizonte: Autêntica Editora; 2019.
7. Piovesan F. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. In: Amaral Júnior A, Perrone-Moisés C, organizadores. O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. São Paulo: EDUSP; 1999.
8. Foucault M. História da sexualidade I: A vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal; 1988.
9. Castiel LD. Promoção de saúde e a sensibilidade epistemológica da categoria “comunidade”. Rev Saúde Pública. 2004; 38(5):615-622.
10. Oliveira MHB, Vianna MB, Teles N, et al. Direitos humanos e saúde: 70 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos. RECIIS (Online). 2018; 12:370-374.
11. Tredinnick AFAC. A Justiça que adoece e a que cura: os sistemas de Justiça restaurativa e convencional na determinação social do processo saúde-doença [dissertação]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro; 2019. [acesso em 2019 nov 25]. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34234>.
12. Declaração de Alma-Ata. [internet]. In: Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde; 1978 Set 6-12; URSS: Alma-Ata; 1978. [acesso em 2019 ago 20]. Disponível em: <http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>.
13. Brasil. Ministério da Justiça. Programa Nacional de Direitos Humanos 1996-2000 [internet]. Brasília, DF: Ministério da Justiça; 1996. [acesso em 2019 ago 20]. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/programa-nacional-de-direitos-humanos-1996.pdf>.
14. Rawls J. Uma teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes Editora e Livraria; 2016.

Recebido em 26/06/2019
Aprovado em 11/10/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

O Poder Judiciário em tempos de Estado-Empresa: o caso da ‘saúde pública’

The Judiciary in times of Enterprise State: the case of ‘public health’

Rubens Roberto Rebello Casara¹

DOI: 10.1590/0103-11042019S402

Introdução

NO IMAGINÁRIO DEMOCRÁTICO, O PODER JUDICIÁRIO ocupa posição de destaque. Espera-se dele a solução para os conflitos e os problemas que as pessoas não conseguem resolver sozinhas. Diante dos conflitos intersubjetivos, de uma cultura narcísica e individualista (que incentiva a concorrência e a rivalidade ao mesmo tempo em que cria obstáculos ao diálogo), de sujeitos que se demitem de sua posição de sujeito (que se submetem sem resistência ao sistema que o comanda e não se autorizam a pensar e solucionar seus problemas), da inércia do Executivo em assegurar o respeito aos direitos individuais, coletivos e difusos, o Poder Judiciário apresenta-se como o ente estatal capaz de atender às promessas de respeito à legalidade descumpridas tanto pelo demais agentes estatais quanto por particulares. E, mais do que isso, espera-se que seus integrantes sejam os responsáveis por exercer a função de guardiões da democracia e dos direitos.

A esperança depositada, porém, cede rapidamente diante do indisfarçável fracasso do sistema de justiça em satisfazer os interesses daqueles que recorrem a ele. Torna-se gritante a separação entre as expectativas geradas e os efeitos da atuação do Poder Judiciário no ambiente democrático. Ao longo da história do Brasil, não foram poucos os episódios em que juízes, desembargadores e ministros das cortes superiores atuaram como elementos desestabilizadores da democracia e contribuíram à violação de direitos, não só por proferirem decisões contrárias às regras e aos princípios democráticos como também por omissões.

A compreensão da democracia como um horizonte que aponta para uma sociedade autônoma construída a partir de deliberações coletivas, com efetiva participação popular na tomada das decisões políticas e ações voltadas à concretização dos direitos e garantias fundamentais, permite identificar que, não raro, o Poder Judiciário reforça valores contrários à soberania popular e ao respeito aos direitos e garantias fundamentais, que deveriam servir de obstáculos ao arbítrio, à opressão e aos projetos políticos autoritários. Nos últimos anos, para dar respostas (ainda que meramente formais ou simbólicas) às crescentes demandas dos cidadãos (percebidos como meros consumidores), controlar os indesejáveis aos olhos dos detentores do poder econômico, satisfazer desejos incompatíveis com as ‘regras do jogo democrático’ ou mesmo atender a pactos entre os detentores do poder político, o Poder Judiciário tem recorrido a uma concepção política antidemocrática, forjada tanto a partir da tradição autoritária em que a sociedade brasileira

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil. rubens.casara@gmail.com



está lançada quanto da racionalidade neoliberal, que faz com que ora se utilize de expedientes ‘técnicos’ para descontextualizar conflitos e sonegar direitos, ora se recorra ao patrimônio gestado nos períodos autoritários da história do Brasil na tentativa de atender aos objetivos do projeto neoliberal. Impossível, portanto, ignorar a função do Poder Judiciário na crise da democracia liberal. Uma crise que passa pela colonização da democracia e do direito pelo mercado, com a erosão dos valores democráticos da soberania popular e do respeito aos direitos fundamentais.

Tradição autoritária

Vive-se um momento no qual os objetivos e o instrumental típico da democracia acabaram substituídos por ações que se realizam fora do marco democrático. No Brasil, uma das características dessa mutação antidemocrática foi o crescimento da atuação do Poder Judiciário correlato à diminuição da ação política, naquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial, isso a indicar um aumento da influência dos juízes e tribunais nos rumos da vida brasileira. Hoje, percebe-se claramente que o Sistema de Justiça se tornou um *locus* privilegiado da luta política.

Por evidente, não se pode pensar a atuação do Poder Judiciário desassociada da tradição em que os magistrados estão inseridos. Adere-se, portanto, à hipótese de que há uma relação histórica, teórica e ideológica entre o processo de formação da sociedade brasileira (e do Poder Judiciário) e as práticas observadas na Justiça brasileira. Em apertada síntese, pode-se apontar que em razão de uma tradição autoritária, marcada pelo colonialismo e a escravidão, na qual o saber jurídico e os cargos no Poder Judiciário eram utilizados para que os rebentos da classe dominante (aristocracia) pudessem se impor perante a sociedade, sem que existisse qualquer forma de controle democrático dessa casta, gerou-se um Poder Judiciário marcado por uma ideologia

patriarcal, patrimonialista e escravocrata, constituída de um conjunto de valores que se caracteriza por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro (não só no que toca às relações homem-mulher ou étnicas) e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem, ao apego às formas e ao conservadorismo.

Pode-se falar em um óbice hermenêutico para uma atuação democrática no âmbito do sistema de justiça. Isso porque há uma diferença ontológica entre o texto e a norma jurídica produzida pelo intérprete: a norma é sempre o produto da ação do intérprete condicionada por uma determinada tradição. A compreensão e o modo de atuar no mundo dos atores jurídicos ficam comprometidos em razão da tradição em que estão lançados. Intérpretes que carregam uma pré-compreensão inadequada à democracia (em especial, a crença no uso da força, o ódio de classes e o medo da liberdade) e, com base nos valores em que acreditam, produzem normas autoritárias, mesmo diante de textos tendencialmente democráticos. No Brasil, os atores jurídicos estão lançados em uma tradição autoritária que não sofreu solução de continuidade após a redemocratização formal do país com a Constituição da República de 1988.

Racionalidade neoliberal

Em sociedades condicionadas pela racionalidade neoliberal, que faz com que tudo e todos sejam tratados como objetos negociáveis, os direitos humanos são percebidos como obstáculos à eficiência do Estado, enquanto em regiões que foram capazes de construir uma cultura democrática, os direitos humanos funcionam como condição de legitimidade do Estado ou como condição de possibilidade da própria democracia. Não por acaso, a dimensão material (substancial) da democracia se identifica com a concretização dos direitos fundamentais, ou seja, dos direitos humanos reconhecidos pelo ordenamento jurídico de um determinado

país. Dentro da lógica neoliberal, o Estado deve servir apenas ao mercado e, portanto, aos detentores do poder econômico.

Impossível, por exemplo, entender os mecanismos de poder moderno e a forma como a 'saúde pública' é tratada atualmente sem atentar para o fenômeno do neoliberalismo, mais precisamente sobre essa racionalidade governamental, essa normatividade e esse imaginário que se originam da premissa de que o mercado é o modelo para todas as relações sociais, o que envolve uma sociabilidade marcada pela concorrência e a crença de que tudo (e todos) pode ser negociado. Entender o exercício do poder na atualidade exige a compreensão dos efeitos do neoliberalismo, que ganhou força como uma teoria econômica durante os anos 30 entre economistas da escola austríaca (Ludwing von Mises, Friedrich Hayek etc.) e, após o prestígio alcançado décadas mais tarde com Milton Friedman, tornou-se hegemônico como uma racionalidade que produz uma maneira de pensar e de agir que, por sua vez, leva a uma determinada maneira de exercer o poder.

O neoliberalismo pode ser descrito como uma 'lógica normativa global'¹. Mas, o que isso significa? Em apertada síntese, pode-se afirmar que o neoliberalismo gera mandamentos de conduta que devem ser seguidos por quem busca aderir ou ser aceito por um Estado, por uma Sociedade ou por indivíduos submetidos a essa mesma normatividade. O neoliberalismo produz modos de governar, maneiras de agir, subjetividades, modos de viver, desejos, ausência de desejos etc.: em apertada síntese, ele molda a existência a partir de normas que os destinatários raramente têm consciência de existirem.

Pode-se, portanto, reconhecer a existência de 'regras do jogo neoliberal' que derivam do compromisso com o mercado, da lógica da concorrência e da busca tendencialmente ilimitada pela realização dos próprios interesses. Essas 'regras do jogo' formam um sistema normativo coerente capaz de orientar a forma de governar, a adoção de determinadas políticas

públicas, a produção de decisões judiciais, a elaboração de leis, o funcionamento de empresas, as decisões de organismos internacionais e a conduta de pessoas, que não necessariamente têm consciência disso.

O Estado, a sociedade e o indivíduo, inclusive os atores jurídicos, não são entes que escapam ao poder e a diversas ordens de restrições. Ao contrário, todos esses entes são construídos e investidos pelo poder das normas, ou seja, por processos de normalização que buscam modelar as condutas e as subjetividades. O Estado não só passa a ter como objetivo principal servir aos interesses do mercado como também se afasta do modelo forjado a partir do paradigma da soberania popular para adota o modo-de-ser das empresas, mais preocupado com o lucro do que com a felicidade e o bem-estar do cidadão, dando origem ao fenômeno complexo dos Estados-Empresas².

A racionalidade neoliberal, esse determinado modo de ver e atuar no mundo, gera normas de vida, mandamentos de conduta que prometem assegurar uma vida 'normal', às pessoas nas sociedades 'modernas'. Em apertada síntese, essas normas impõem

a cada um de nós que vivamos num universo de competição generalizada, intima os assalariados e as populações a entrar em luta econômica uns contra os outros, ordena as relações sociais segundo o modelo do mercado, obriga a justificar desigualdades cada vez mais profundas, muda até o indivíduo, que é instado a conceber a si mesmo e a comportar-se como uma empresa¹⁽¹⁶⁾.

Em apertada síntese, é possível identificar um núcleo da normatividade neoliberal, que é composto de duas normas: a) não devem existir limites à satisfação dos interesses; e b) os 'outros' devem ser tratados como concorrentes e/ou inimigos a serem derrotados. Essas normas geram uma imagem que é a base de todo o imaginário neoliberal: tudo e todos são objetos negociáveis e/ou descartáveis na busca por lucro. No âmbito do Estado, desaparecem

os limites rígidos ao exercício do poder político e cada vez mais o poder político passa a se identificar com o poder econômico, afastando-se do ideal democrático de soberania popular. Tem-se, então, uma nova ‘razão de mundo’, um conjunto de normas e imagens que justificam e dão sentido às ações e aos movimentos em todas as esferas da vida.

Saúde como mercadoria

A partir da racionalidade neoliberal, os direitos humanos passam a ser vistos como ‘negatividades’ ou, mais precisamente, como elementos que podem gerar prejuízos ao Estado pensando como uma empresa em busca de lucros. Uma concepção de ‘direito à saúde’ que transcenda à mera perspectiva biomédica, ou seja, que não se contente apenas em assegurar tratamentos visando à ausência de doenças ou enfermidades, mas de uma atuação concreta no sentido de apontar para uma concepção de direito à saúde que englobe o bem-estar físico, mental e social, ao mesmo tempo que assegure um conjunto de práticas e vivências benéficas à vida das pessoas, revela-se impensável.

Em substituição ao dever do Estado de concretizar o direito à saúde, a racionalidade neoliberal levou à transformação do ‘comum’ em privado, do ‘direito fundamental’ em mercadoria a ser explorada. Em resumo, a vida e a dignidade da pessoa humana foram reduzidos a objetos negociáveis. Da mesma maneira que o egoísmo foi transformado em virtude, a doença e a crise do sistema de saúde pública passaram a ser vistas como oportunidade para alguns poucos lucrarem e acumularem capital.

A racionalidade neoliberal também produz efeitos na subjetivação dos atores jurídicos, inclusive dos juízes encarregados de dar concretude a esse direito fundamental. Muitos magistrados, ainda que inconscientemente, passam a adotar concepções minimalistas de saúde pública e a criar obstáculos não previstos na legislação à prestação do Estado, isso porque condicionados por uma preocupação

com possíveis prejuízos ao Estado-Empresa. Decisões passam a ser dadas a partir de cálculos de interesse no qual, muitas vezes, os direitos sociais são relativizados e o indivíduo acaba sacrificado. No mundo transformado em ‘mercado total’, a vida, como tudo, é tratada como um valor negociável e, em última análise, descartável.

O Estado, a partir da governamentalidade neoliberal, deixou de ser o promotor e o garantidor dos direitos fundamentais para assumir a função política de regulador das expectativas do mercado em atenção aos interesses dos detentores do poder econômico. O direito, por sua vez, abandonou qualquer pretensão de ser um indutor de justiça social para acabar transformado em mais um instrumento a serviço do mercado.

A busca por atender aos interesses dos detentores do poder econômico significa, na área da saúde, induzir medidas que incentivem a saúde privada, os planos de saúde, a terceirização de serviços e o desmonte do Sistema Único de Saúde, tudo como forma de aumentar a produtividade (ou gerar endividamento, o que interessa ao capitalismo financeiro) das empresas que exploram a saúde, estabilizar o mercado (leia-se: proteger os lucros dos detentores do poder político), exercer o controle da qualidade de vida da população e facilitar a acumulação.

Essa lógica de atuação, que atende a critérios econômicos e financeiros (aquilo que Alain Supiot³ chamou de ‘governança por números’), na qual a busca de efeitos adequados à razão neoliberal afasta qualquer pretensão do Estado voltar-se à realização dos direitos e garantias fundamentais (efetividade constitucional), acaba internalizada pelos indivíduos e até por operadores do sistema de saúde, não só por questões ideológicas, mas também como fórmula para assegurar vantagens pessoais.

Diante da mutação simbólica do valor ‘saúde’, a palavra retorna para nomear algo que não passa de um produto, de uma mercadoria sem forma ou conteúdo estável, sem conexão com projeto constitucional de vida digna para todos. Uma mercadoria oferecida

por mercadores especializados, que moldam a 'saúde' ao gosto de critérios de eficiência economicista, mesmo que, para isso, seja necessário suprimir direitos ou prejudicar a qualidade de vida das pessoas.

Mudar esse estado inconstitucional de coisas na área da saúde passa necessariamente por um processo de ressimbolização do mundo. Por uma espécie de resistência constitucional: a Constituição deve voltar a 'constituir-a-ação', na feliz expressão de Lenio Streck⁴. É urgente construir um mundo em que a vida digna não seja um privilégio e no

qual a saúde de uma pessoa deixe de ser negociada para gerar lucro. É preciso construir uma cultura democrática, comprometida com a realização dos direitos fundamentais de cada pessoa e que tanto imponha limites quanto condicione o exercício do poder político e a produção das decisões judiciais.

Colaborador

Casara RRR (0000-0002-1419-37180)* é responsável pela elaboração do manuscrito. ■

Referências

1. Dardot P, Laval C. A nova razão de mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo; 2016. Tradução Mariana Echalar.
2. Musso P. Le temps de l'État-Enterprise. Paris: Fayard; 2019.
3. Supiot A. La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France (2012-2014). Paris: Fayard; 2015.
4. Streck L. Hermenêutica jurídica em crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2009.

Recebido em 4/09/2019
Aprovado em 6/10/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Meu corpo, minhas regras: mulheres na luta pelo acesso ao serviço público de saúde para a realização do aborto seguro

My body, my rules: women's struggle for access to public health services for the accomplishment of safe abortion

Simone Dalila Nacif Lopes¹, Maria Helena Barros de Oliveira²

DOI: 10.1590/0103-11042019S403

RESUMO Os direitos humanos são vinculados à luta pela dignidade humana, contexto em que os feminismos, movimentos sociais de luta pela superação das diferenças de gênero, raça e classe, devem se vincular às batalhas dos demais grupos oprimidos. O Código Penal criminaliza o aborto, excetuando quando a gravidez é oriunda de estupro, quando há risco de morte para a gestante ou em caso de gravidez de feto anencéfalo. Apesar da proibição, o aborto não deixa de ser realizado em todos os grupos sociais e raciais, níveis de escolaridade e religiões, consistindo em um dos maiores problemas de saúde pública do País. A luta pelo direito de acesso ao aborto seguro se faz cotidianamente inclusive quando se trata do aborto legal – que já é um direito reconhecido e positivado pelo Estado. Uma vez que, para além da insuficiência dos serviços de saúde que realizam o procedimento, não há adequada capacitação técnica, a objeção de consciência ocorre com frequência, e estigmas e preconceitos rodeiam a questão, contaminando até a norma legal produzida por um Estado laico.

PALAVRAS-CHAVE Aborto. Direitos humanos. Feminismo.

ABSTRACT Human rights are linked to the struggle for human dignity, a context in which feminisms, social movements of struggle to overcome gender, race, and class inequalities must be linked to the struggle of other oppressed groups. The Brazilian Penal Code criminalizes abortion, except when the pregnancy results from rape, when there is a risk of death for the pregnant woman, or in case of pregnancy of an anencephalic fetus. Despite the ban, abortion continues being carried out in all social and racial groups, and in all schooling levels and religions, being one of the biggest public health problems in the Country. The struggle for the right of access to safe abortion is made daily even when it comes to legal abortion, – which is already a right recognized and affirmed by the State. Besides the insufficiency of the health services that perform the procedure, there is no investment in technical capacity, conscientious objection often occurs, and stigmas and prejudices surround the issue, contaminating even the legal norm produced by a secular State.

KEYWORDS Abortion. Human rights. Feminism.

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil. simonenacif@me.com

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

É possível afirmar que o acesso ao serviço público de saúde para a realização do aborto de forma segura se inclui entre os direitos humanos das mulheres?

Pretende-se responder afirmativamente a essa indagação, caracterizando o acesso ao serviço público para a realização do aborto seguro como um direito relacionado com a saúde reprodutiva e sexual e com a vida das mulheres, imanente à sua condição de seres humanos com autonomia sobre seus corpos.

Com atenção para a história de organização e luta pelos direitos, as mulheres sempre construíram e conquistaram o reconhecimento de seus direitos na resistência em movimentos populares, enfrentando insurgentemente o direito positivado e fazendo valer suas reivindicações oficialmente negadas pelo Estado ao longo da história.

A criminalização do aborto não impede sua prática, mas cria obstáculos de acesso ao serviço público de saúde, com sérios riscos à integridade física e à vida das mulheres que não podem pagar pelo procedimento.

O acesso ao serviço público de saúde para a realização do aborto seguro é um direito a ser insurgentemente construído pelos movimentos sociais de luta pela emancipação das mulheres, grupo historicamente subalternizado na sociedade capitalista e patriarcal.

Desde tempos remotos, as mulheres integram um grupo subalternizado e submetido à opressão nas mais diversas formas de organização social. Nesse contexto, o patriarcado apresenta-se como ideologia dominante e estrutural, cuja feição mais perversa se expressa com o advento do capitalismo, conforme demonstrado por Shiva¹, ao passo que os feminismos se apresentam como movimentos sociais de luta pela emancipação e redução de desigualdades.

Rubin²⁽¹⁰⁾ ressalta que as mulheres se inserem na definição mesma do capitalismo, situadas no “processo pelo qual o capital é produzido pela extração da mais-valia sobre o trabalho pelo capital”.

Mencionando Adam Smith, Marx³ define o capital como trabalho armazenado revertido no poder de governo sobre trabalho e produto ao qual nada pode se opor. Segundo Rubin², o poder do capital sobre o trabalho e sobre o produto se amplia na sociedade concretamente reproduzindo a relação de poder ao coisificar tudo e todos para sua conversão em capital.

O capitalista transforma o dinheiro em matérias que servirão para a criação de produtos ou se converterão em fatores do processo de trabalho, incorporando força viva de trabalho e transformando “o valor – o trabalho passado, objetivado, morto – em capital, em valor que se autovaloriza”³⁽²⁷¹⁾.

Essa valorização advém da exploração pelo capitalista da força de trabalho, na medida em que o salário do trabalhador equivale à meia jornada, suficiente para sua sobrevivência em 24 horas. Porém, sua produção refere-se a uma jornada inteira de trabalho.

É isso que gera o mais-valor.

Como é necessário, entretanto, que a força de trabalho seja contínua e sendo o trabalhador finito, o salário também tem de ser suficiente para sustentar a família do trabalhador, os filhos que o substituirão, como diagnosticado por Marx⁴. O salário, segundo Rubin², é usado para a aquisição de mercadorias a serem revertidas, por meio de um trabalho adicional, para essa subsistência e reprodução do trabalhador.

É preciso que alguém cozinhe os alimentos, lave e passe as roupas e limpe a casa entre outras tarefas. Ou seja, o trabalho doméstico, não remunerado, consiste em um trabalho adicional e em “elemento chave (*sic*) no processo de reprodução do trabalhador de quem se tira a mais-valia”²⁽¹⁴⁾, visto que barateia a força de trabalho. É dizer que o tempo não remunerado destinado ao trabalho doméstico para a subsistência do trabalhador valoriza o capital.

Segundo Federici⁵, esse trabalho doméstico realizado pelas mulheres, depreciado e naturalizado, foi o pilar da organização capitalista do trabalho.

No entanto, por que são as mulheres, e não os homens, que geralmente executam

as tarefas domésticas? Para Rubin², citando Marx⁴, as necessidades imediatas são produtos históricos que dependem não apenas do nível de cultura do país, mas das condições, costumes e exigências com que a classe trabalhadora se formou em um determinado local. “Diferentemente das outras mercadorias, a determinação do valor da força de trabalho contém um elemento histórico e moral”⁴⁽²⁴⁶⁾.

Esse elemento histórico e moral, segundo Rubin², instaurou no capitalismo um arcabouço cultural de formas de masculinidade e feminilidade que amparam a opressão sexista.

Realça Saffioti⁶, que Marx⁴ encara os determinantes sociais das mulheres como decorrências de um regime de produção sustentado na opressão do homem pelo homem, impondo-se, na ótica da autora, a superação dessa fase capitalista da humanidade que ela chama de pré-histórica.

É certo que a submissão das mulheres aos homens não é uma peculiaridade do capitalismo, já que ocorreu em sociedades que jamais poderiam ser classificadas como capitalistas e desde muito antes do cercamento de terras.

Entretanto, no capitalismo, essa supremacia masculina se aperfeiçoou e se enraizou em todas as relações sociais, a começar pela família, que realiza, segundo Cisne, o papel ideológico na difusão do conservadorismo promovendo sua internalização por meio da educação das crianças⁷.

Engels⁸ descreveu esse processo como o desmoronamento do direito materno e “grande derrota do sexo feminino em todo o mundo”⁸⁽⁷⁷⁾. Segundo ele, o homem apoderou-se também da direção da casa, degradando e convertendo a mulher em servidora, escrava da luxúria e mero instrumento de procriação. Essa degradação da mulher manifesta-se desde período da Antiguidade Clássica, mas vem-se aperfeiçoando dissimuladamente no decorrer dos tempos.

Federici⁹ menciona o processo de degradação social pelo qual as mulheres passaram nos séculos XVI e XVII como fator determinante para a sua desvalorização enquanto trabalhadoras e privadas de toda a sua autonomia com relação aos homens, denunciando que

uma dessas áreas-chave pela qual se produziram grandes mudanças foi a lei. Aqui, nesse período, é possível observar uma constante erosão dos direitos das mulheres⁹⁽¹⁹⁹⁾.

É bem de ver que, na sociedade burguesa, as relações se estabelecem de forma autoritária e patriarcal e se sustentam nas exclusões e opressões cotidianas, como afirmado por Federici⁹. Para a autora, as mulheres se encontram na condição de subalternizadas desde o cercamento de terras, e mais ainda as mulheres pobres, para cuja emancipação, precisam superar o patriarcado e o capitalismo que são, como afirma Saffioti¹⁰, duas faces de um mesmo modo de produzir e reproduzir a vida. Segundo Federici⁹, com o capitalismo, a subalternização das mulheres se aprofunda.

Verifica-se, pois, que a emancipação das mulheres e, conseqüentemente, a superação do patriarcado devem, necessariamente, passar pela consciência da luta de classes, pelo esforço da diminuição das desigualdades sociais, pela extinção dos privilégios de uns à custa do sacrifício de muitos. Como afirma Baldez¹¹, “na essência, a luta pelos direitos do homem e da mulher é uma luta contra o capital”.

O patriarcado reflete as típicas relações sociais autoritárias que são centradas na supremacia masculina. Saffioti⁶ retrata o patriarcado como um “processo de sujeição de uma categoria social com duas dimensões: a da dominação e a da exploração”. A ordem patriarcal é garantida por todos, inclusive pelas mulheres e pelos subalternizados, que também exercem, em uma ou em outra situação, o papel de dominadores, eternizando a concepção patriarcal de relações sociais baseadas na subordinação.

Cisne⁷ descreve um processo de alienação que produz a naturalização da dominação e exploração, fazendo penetrar na consciência individual a ideologia dominante, patriarcal-racista-capitalista.

Nessa perspectiva de subalternidade característica da sociedade capitalista, a

luta das mulheres pela emancipação não pode se desvincular das lutas dos demais grupos oprimidos, como os trabalhadores, os que não conseguem se inserir no mercado de trabalho, os negros e os grupos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, com o fim de romper com a ideologia patriarcal, superando em si a naturalização da subalternidade e abrindo caminho para pensar e agir de forma transformadora e libertadora.

Para tanto, segundo Cisne⁷, há que se formar uma consciência militante feminista que está radicalmente articulada com a formação de um sujeito coletivo para a afirmação de direitos.

É imperiosa a percepção da mulher como sujeito de direitos, o que exige a ruptura com as mais variadas formas de apropriação e com as alienações daí provenientes, notadamente com a naturalização da subserviência que é atribuída socialmente às mulheres.

Superando essa ideologia dominante, especialmente em sua condição objetificada e alienada pela apropriação patriarcal, Cisne⁷⁽¹⁵²⁾ entende possível, pelos movimentos de mulheres, chegar à dimensão coletiva da consciência militante. É dizer “uma forte consciência solidária” mantida no enfrentamento pela ação coletiva e organizada, pois “se a prática não reforça a consciência, perde-se o caráter coletivo da ação, que se desorganiza como movimento”⁷⁽¹⁵⁾.

A construção do feminismo como sujeito político das mulheres passa pela transformação das reivindicações imediatas e isoladas em uma formulação coletiva da demanda, [conclui Cisne]⁷⁽¹⁵⁴⁾.

Vale dizer, segundo a autora,

[...] com a formação da consciência militante feminista, as mulheres percebem que a sua autonomia e liberdade demandam a luta contra uma estrutura de relações sociais de apropriação e exploração⁷⁽¹⁵⁴⁾.

Aborto: espaço de lutas

Entre as mais diversas e variadas reivindicações e lutas dos feminismos, a descriminalização do aborto e o correspondente acesso ao serviço público de saúde são emblemáticos.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura a igualdade entre homens e mulheres, o acesso à saúde, o resguardo da vida e da liberdade, assim como garante a autodeterminação dos corpos. Todavia, igualmente, em seu Código Penal (arts. 124 a 127)¹², criminaliza o aborto que não seja em gravidez oriunda de estupro, com risco de morte para a gestante ou em caso de gravidez de feto anencéfalo (decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54).

Apesar da proibição, o aborto não deixa de ser realizado, como constata a Pesquisa Nacional do Aborto 2016 (PNA), coordenada por Debora Diniz, Marcelo Medeiros e Alberto Madeiro, segundo a qual o aborto é um fenômeno frequente e persistente em todas as classes sociais, grupos raciais, níveis de escolaridade e religiões, constatando-se que 1 em cada 5 mulheres, aos 40 anos, já realizara um aborto.

Já o relatório elaborado pelo Guttmacher Institute, ‘Abortion Worldwide 2017: uneven Progress and unequal access’¹³ – ‘Aborto ao redor do mundo: progresso e acesso desiguais’, em uma tradução livre –, explicita que a cada 1.000 mulheres com idade entre 15 e 44 anos em todo o mundo ocorrem 35 abortos por ano. A taxa nas regiões e países desenvolvidos é significativamente menor (27 abortos por 1.000 mulheres) quando comparados com as regiões e países em desenvolvimento (36 abortos por 1.000 mulheres). Regionalmente, a maior taxa de aborto estimada é na América Latina e no Caribe (44 abortos por 1.000 mulheres), e as taxas mais baixas estão na América do Norte e na Oceania (17 e 19 por 1.000 respectivamente).

Singh et al.¹³ evidenciam que abortos realizados apenas com uso do misoprostol estão aumentando em países com leis restritivas, como é o caso do Brasil.

Conforme o ‘Relatório Abortion Worldwide’¹³, a disponibilidade de medicação combinada (mifepristone seguido de misoprostol) para a realização do aborto confere uma escolha altamente eficaz às mulheres dos países onde o aborto é amplamente legal. Essa opção, porém, está fora do alcance das 687 milhões de mulheres em idade reprodutiva que vivem onde o aborto é severamente restrito, onde apenas estará disponível o misoprostol – medicamento originariamente destinado ao tratamento de úlceras gástricas, mas com eficácia no abortamento medicamentoso.

Segundo Silva et al.¹⁴, foi descoberta a ação abortiva – ocitócita – do misoprostol verificando-se que o medicamento estimula o útero induzindo a contrações e ao alargamento do colo uterino, sendo igualmente utilizado no tratamento e prevenção de hemorragias obstétricas. Aplicado de forma correta e com dosagem adequada, consiste em um meio seguro e eficiente para a realização do aborto.

Entretanto, conforme o ‘Relatório Abortion Worldwide’¹³, comparado com o protocolo de medicação combinada, o uso do misoprostol sozinho tem maior probabilidade de resultar em aborto incompleto e em gestação contínua, mesmo quando usado corretamente, resultando em aborto completo em 75%-90% dos casos; enquanto as taxas de eficácia comparáveis para o protocolo de medicação combinada em nove semanas estão entre 95% e 98%. Assim, a Organização Mundial da Saúde e a Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia recomendam o uso do misoprostol sozinho somente quando o mifepristone não estiver disponível.

A pesquisa enumera múltiplos métodos clandestinos de aborto, ao redor do mundo, que apresentam alto risco à saúde, à incolumidade física e à vida das mulheres que vão desde inserção na vagina ou no colo do útero de objetos pontiagudos, ervas maceradas e líquidos – passando pela ingestão de laxantes, bebidas, detergentes, alvejantes e afins – até a manipulação do abdômen, massageando ou batendo, atividade física traumática ou lesiva ou experimentar outras técnicas folclóricas,

como inserir um tubo para soprar ar no útero para induzir o parto ou colocar uma pedra quente no abdômen para “derreter” o feto¹³⁽²²⁾.

Essa ampla gama de métodos de aborto clandestino – altamente arriscados – estreitou-se principalmente para o uso do misoprostol como abortivo medicamentoso. No final da década de 1980, médicos brasileiros, pioneiramente, perceberam resultados clínicos no tratamento de mulheres que haviam aprendido sobre o misoprostol de boca em boca e receberam atendimento hospitalar no pós-aborto. A ocorrência de sintomas menos severos entre pacientes pós-aborto foi atribuída ao uso cada vez mais amplo do misoprostol sozinho como método medicamentoso abortivo, de acordo com o ‘Relatório Abortion Worldwide’¹³.

Zordo¹⁵ assevera que o misoprostol operou uma ‘revolução’ no trabalho dos obstetras-ginecologistas e na vida de muitas mulheres, dada a segurança e eficácia no uso do medicamento, diminuindo as taxas de morbidade e mortalidade materna em países com leis restritivas ao aborto. Não obstante, “metade das mulheres que abortou precisou ser internada para o finalizar”¹⁶, o que revela os riscos subsistentes à vida e à saúde das mulheres.

Apesar disso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) editou a Resolução (RE) n° 753¹⁷ proibindo a distribuição, divulgação e comercialização do misoprostol, o que configura obstáculo ao acesso à informação, com sérias consequências inclusive para as mulheres que têm direito a realizar o aborto legal, como no caso de gravidez resultante de estupro que, sem informação sobre a medicação, acabam submetendo-se a procedimentos mais dispendiosos, longos e arriscados, muitas vezes com sofrimento físico em verdadeira violência obstétrica segundo González Vélez¹⁸.

Zordo¹⁵ ressalta que, sem acesso fácil a informações sobre os regimes seguros de dosagem do Misoprostol, as mulheres usam outros abortivos, dependendo de serviços de atenção pós-aborto em maternidades públicas, onde frequentemente enfrentam estigmatização e discriminação.

González Vélez¹⁸ acrescenta que essa regulamentação do misoprostol dissemina outras restrições como a notificação obrigatória pelo uso de drogas com o princípio ativo do misoprostol, a suspensão da publicidade e da discussão ou, até mesmo, a proibição de mensagens sobre o medicamento em sites de internet.

Nesse contexto, a PNA de 2016 demonstra que a criminalização não atende à finalidade declarada na norma:

Por um lado não é capaz de diminuir o número de abortos e, por outro, impede que as mulheres busquem o acompanhamento e a informação de saúde necessários para que seja realizado de forma segura ou para planejar sua vida reprodutiva a fim de evitar um segundo evento desse tipo¹⁶.

A proibição demarca a desigualdade social: as mulheres pobres não podem obter o serviço pela via remunerada, enquanto aquelas oriundas das classes dominantes gozam do privilégio da informação, têm acesso aos medicamentos seguros e, ainda, podem pagar pela intervenção asséptica em estabelecimentos hospitalares seguros e a salvo de desdobramentos policiais indesejados.

As mulheres oriundas das classes pobres suportam o *deficit* social em situação subalterna perante todos os homens e todas as mulheres das classes privilegiadas. Como ressalta Franco¹⁹, o machismo histórico e institucional é base da formação social brasileira; porém, as mulheres negras e faveladas enfrentam interdição, dominação e restrição de direitos ante as demais mulheres da cidade.

A criminalização do aborto rompe com a igualdade entre homens e mulheres e aprofunda o abismo social entre as mulheres integrantes das classes dominantes e aquelas descapitalizadas.

Além disso, é inegável a situação de insegurança dos profissionais da saúde adiante da proibição legal²⁰, sem olvidar das questões morais e religiosas que permeiam profundamente o tema.

Atenta ao ensinamento de Baratta²¹, observa-se que a criminalização contribui para a estigmatização social das mulheres que abortam, repercutindo na disseminação de obstáculos ao acesso aos serviços públicos de saúde seja pela proibição de informação sobre o misoprostol, seja com a intimidação dos profissionais de saúde, seja pela ideologia patriarcal que acaba por embasar objeções de consciência por parte dos médicos sem pronta substituição do profissional, como demonstrado no 'Relatório Abortion Worldwide'¹³.

Como se vê, a criminalização do aborto reflete o interesse dominante na sociedade burguesa e patriarcal. Nega o acesso ao serviço público de saúde com risco incrementado à vida das mulheres, em grave violação dos seus direitos humanos e fundamentais à autodeterminação, à decisão sobre seu planejamento familiar, à sua escolha de projeto individual, à informação, à saúde e até à vida, o que é ainda mais contundente em relação às mulheres das classes descapitalizadas, pois o Sistema Único de Saúde (SUS) é impedido de fornecer o serviço médico para abortamento fora das restritas hipóteses legais.

Meu corpo, minhas regras: mulheres na luta pelo acesso ao serviço público de saúde para realização do aborto seguro

A história da construção dos direitos das mulheres é marcada pela luta organizada em movimentos sociais. Pequenas conquistas marcadas por muito esforço e resistência enfrentando forte oposição conservadora.

Por outro lado, o direito positivado vocaciona-se à manutenção do escalonamento de classes, da subordinação e da exploração, refletindo-se nas relações patriarcais.

Diante disso, a conquista de direitos pelas mulheres opera-se desde a desobediência social – que garante, hoje, por exemplo, a

possibilidade de escolher os próprios maridos – até a inserção contra-hegemônica de garantias nos textos legislativos. Nesse sentido, adverte Franco¹⁹ que

[...] momentos de ‘bem-estar social’ foram passagens da história do País, mas marcaram-se, fundamentalmente, por conquistas e não por concessões do poder dominante¹⁹⁽⁹¹⁾.

Conforme Fonseca²², o esforço pela conquista dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres remonta a 1789, refletindo os ideais da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade²³, com empenho em iniciativas de libertação em várias frentes, sendo notável seu papel na luta pela abolição da escravatura.

No início do século XX, os movimentos revolucionários se proliferaram; e, com eles, as lutas das mulheres pelos seus direitos, ocupando espaços antes interditados – como as tropas nos campos de batalha –, e realizando tarefas antes consideradas exclusivas dos homens, como assinalam Melo e Thomé²⁴.

Enfatizam o profundo impacto que das mudanças revolucionárias do início do século XX sobre as estruturas familiares de subjuogo das mulheres, com avanço nos direitos civis e aceleração das reivindicações por educação e trabalho, gerando expectativas de conquistas de outros direitos e impulsionando a organização da campanha pelo sufrágio nos anos 1930.

Na Rússia, como relatam as autoras, a emancipação das mulheres passa por preceitos bolcheviques como a união livre, o trabalho assalariado e a progressiva superação e fim do modelo familiar burguês, acarretando, por consequência, uma aceleração dos direitos sexuais e reprodutivos.

Com a participação efetiva na revolução russa, as mulheres conquistaram o reconhecimento de direitos, tornando-se eleitoras e elegíveis, obtendo a legalização do divórcio assim como a do casamento civil, além de as camponesas passarem a ter direitos sobre a terra. Explana Silva²⁵ que a legislação russa passa a impedir que o marido imponha à

esposa seu nome, domicílio ou nacionalidade, estabelece a pensão alimentícia, regulamenta a proteção do trabalho feminino e institui a licença maternidade. Acrescenta a autora que “o aborto é legalizado em 1920 e em 1926, ainda sob o impulso libertário, os casamentos e ‘uniões de fato’ são igualados”²⁵⁽⁴⁹⁾.

Davis²⁶, reconhecendo que as mulheres de todo o mundo constituem uma potência política capaz de ameaçar as forças globais do atraso e da opressão, coloca em evidência que

[...] os progressos notáveis que foram feitos rumo à igualdade social, econômica e política das mulheres soviéticas resultaram de uma reorganização social revolucionária de acordo com as necessidades e aspirações da classe trabalhadora²⁶⁽⁸⁵⁾.

Consigna Fonseca que a luta das mulheres, embora tenha se iniciado muito antes, obteve espaço formal em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁷⁽²³⁾, com a consagração da igualdade de direitos do homem e da mulher e a promoção do “progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”. Afirma Barsted²⁸ que, durante anos, os organismos internacionais não trataram da violação dos direitos humanos das mulheres.

Expõe a autora²⁸ que, na década de 1960, uma série de convenções internacionais passaram a introduzir as categorias ‘homens’ e ‘mulheres’ quando tratavam de variados temas. Entre eles, Barsted²⁸ sublinha o Pacto de San Jose da Costa Rica²⁹ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁰ e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³¹, que, porém, tiveram pouco impacto em nosso país submetido que estava a uma ditadura militar.

Destaque-se, com Fonseca²², que, nos anos 1960, ocorreram avanços com os movimentos sociais feministas, sobressaindo-se temas como a sexualidade, a contracepção e a esterilização; e, nos anos 1970, a campanha pela autodeterminação sobre seus corpos.

Para Fonseca²², a primeira onda do feminismo, do século XIX ao século XX, foi marcada pelo igualitarismo, buscando-se, a partir dos anos 1960, o reconhecimento das diferenças na reivindicação de direitos reprodutivos, além das questões relacionadas com a homossexualidade.

No Brasil dos anos 1980, houve um significativo avanço no processo de conquista de direitos com a abertura democrática e a promulgação da Constituição da República de 1988³² estabelecendo o direito à saúde e a garantia individual da igualdade sem qualquer espécie de discriminação, com evidente repercussão nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

O Movimento Feminista uniu esforços ao Movimento da Reforma Sanitária Brasileira, resultando na incorporação de preceitos de saúde sexual e reprodutiva como pressupostos da saúde, posteriormente incluídos no texto constitucional enquanto direitos de cidadania e dever do Estado.

Desse modo, foram realçadas temáticas como aborto, contracepção, sexualidade, entre outras, colaborando para a inserção destas na conjectura dos direitos humanos²²⁽²⁵⁾.

É de se registrar, portanto, que a assistência integral à saúde sexual e reprodutiva, a vida livre da morte materna evitável, a vida privada, a integridade pessoal, a autodeterminação sobre seus corpos com autonomia de decidir sobre a reprodução, sem coerção, discriminação ou violência, a informação e o acesso aos serviços são direitos humanos das mulheres, entre muitos outros que compõem um círculo protetor da sua dignidade.

Apesar disso, o Código Penal Brasileiro, em seus arts. 124 a 127³³, define o aborto como crime, excluindo expressamente (art. 128) do âmbito de incidência da norma incriminadora os abortos praticados em decorrência de risco à vida da mulher, quando a gravidez é decorrente de estupro ou em caso de gravidez de feto anencéfalo – nesse último caso, em razão

da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 em 12 de abril de 2012³⁴.

Destaca-se que apesar do direito expressamente reconhecido na excludente de ilicitude prevista no art. 128 do Código Penal, as mulheres com direito ao aborto em gestações decorrentes de estupro somente passaram a ter acesso ao serviço público de saúde quase quatro décadas depois da vigência do permissivo legal, visto que os primeiros centros de atenção eram todos particulares e cobravam preço exacerbadamente.

Em 1986, foi implementado, no Hospital Municipal Dr. Arthur Saboya, em São Paulo, o Programa Público de Interrupção da Gestaçã, cuja disponibilizaçã ampla, conforme assevera Fonseca²², deveu-se à pressã dos movimentos feministas que argumentavam com a consolidaçã dos direitos reprodutivos na Conferência Internacional de Populaçã e Desenvolvimento (CIPD), no Cairo, em 1994, e na Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, em 1995.

Em 1999, o Ministério da Saúde editou Norma Técnica de Prevençã e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, ampliada em 2005 e 2012, dispondo que a história relatada pelas mulheres vítimas de estupro ou por seu representante legal é suficiente para a realizaçã do procedimento médico, independentemente de registro de ocorrência policial. Conforme Fonseca²²⁽⁶⁰⁾, quando da publicaçã de seu livro, somente existem 65 serviços referenciados no País.

Segundo o Ministério da Saúde, toda e qualquer unidade de saúde com serviço de obstetrícia tem obrigaçã de realizar o abortamento nos casos permitidos por lei. Todavia, não é o que de fato ocorre, uma vez que

[...] a mídia e os estudos na área propagam que os índices de mulheres atendidas são relativamente baixos, contradizendo, portanto, os dados de internamento por complicações de abortamentos realizados possivelmente de modo clandestino²²⁽⁶¹⁾.

A autora²² releva a falta de capacitação dos profissionais da saúde, cuja formação não os prepara para lidarem com questões como abortamento, violência sexual e doméstica, além de toda a problemática de gênero incidente nas demandas de saúde pública.

Ademais, o aborto envolve uma série de implicações, estigmas e preconceitos de ordem cultural, moral e religiosa que incidem sobre a atuação dos profissionais da saúde com direta influência nas declarações de objeção de consciência, assegurada pelo Código de Ética Médica, de modo que, segundo Fonseca²², a obrigatoriedade de todas unidades com serviços de obstetrícia realizarem o aborto legal não é suficiente para garantir maior acesso das mulheres ao serviço público de saúde para a interrupção da gravidez.

Todos esses obstáculos impulsionam as mulheres para o aborto clandestino porquanto o tempo é outro fator complicador, já que, após as 20 semanas de gestação, ela pode não conseguir realizar o procedimento, como salienta Fonseca²², que destaca a ambiguidade existente entre a norma legal permissiva, o marco punitivo e as políticas públicas.

Fonseca sublinha que a legislação é impregnada de “fatores culturais, determinados historicamente pelo sistema patriarcal, bem como fatores religiosos apesar de ser um Estado Laico”²²⁽⁶⁴⁾, de modo que a temática do aborto legal exerce poder e controle do corpo das mulheres por diferentes segmentos: estado e seus interesses financeiros, categoria médica, tribunais, igrejas, família, entre outros.

A laicidade é uma conquista social reconhecida e expressa na Carta Política de 1988³² que consagra a diversidade social, cultural e religiosa, adotando, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade humana como fundamento da República e estabelecendo no art. 3º, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No art. 19 da Magna Carta, a laicidade se delinea, expressamente, ao vedar ao Estado

– considerado no sentido amplo – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, dificultar-lhes o funcionamento ou manter com eles, ou seus representantes, relações de dependência ou aliança.

A laicidade do Estado remonta à Revolução Francesa²³, cujo efeito foi o de separar a Igreja do Estado, que até então exerciam juntos os poderes estatal, econômico e religioso.

Abreu informa que o Ministro Celso de Mello, em seu voto no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54³⁴, assinala que a laicidade está afirmada em Constituição, no Estado brasileiro, desde 1891, ressaltando que

[...] ao Estado é vedado interferir na fé religiosa dos indivíduos e também nenhuma das fés religiosas deve prevalecer sobre as demais, o que produz, em nossa sociedade, o efeito do pluralismo²²⁽¹⁷³⁾.

Conforme a autora²², o Ministro Celso de Mello concebe a laicidade como um obstáculo para o retrocesso, instrumento de combate ao obscurantismo e à possibilidade de concepções religiosas particulares obstarem o conhecimento científico e suas benesses para a própria dignidade da vida.

Sendo o Brasil um Estado laico, a legislação não tem legitimidade para tratar diferentemente uma mulher a partir do conceito de culpa, próprio das religiões cristãs, criminalizando severamente o aborto voluntário e ‘perdoando’ aquele em que a mulher é vista como vítima porque punida pelas circunstâncias da gestação, o que reflete inegavelmente a ideologia patriarcal de apossamento do corpo feminino e negação de autonomia à mulher para decidir sobre ele.

Convém lembrar que a proibição legal do aborto decorre de uma normatização que representa as forças conservadoras da sociedade; e todos os movimentos feministas pela descriminalização do aborto se mantêm permanentemente em disputa com essas forças conservadoras do patriarcado.

São as forças sociais organizadas que constroem e até suprimem os direitos. No momento atual, ao redor de todo o mundo, é perceptível um movimento de supressão de direitos sociais conquistados e até já reconhecidos formalmente nas legislações.

Exemplo disso é a aprovação, pela Comissão Especial da Câmara de Deputados, da Proposta de Emenda à Constituição nº 181-A, de 2015, oriunda do Senado Federal, que ‘altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro’, tendo sido introduzido no texto um dispositivo estabelecendo que a ‘vida se inicia com a concepção’, criminalizado todo e qualquer aborto, inclusive quando a gestação decorre de estupro.

Há ainda, todavia, forças populares de pressão política para a ampliação do direito ao aborto legal, seja pela via da organização social com redes de apoio como os ‘Socorristas em red – Feministas que abortamos’, seja pela via institucional, por meio de medidas judiciais perante o Supremo Tribunal Federal, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 e o *Habeas Corpus* nº 124.306 – RJ¹².

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem no *Habeas Corpus* nº 124.306 – RJ¹², conferindo interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 126 do Código Penal para excluir do seu âmbito de incidência o aborto voluntário efetivado no primeiro trimestre na forma do voto-vista condutor, da lavra do ministro Luís Roberto Barroso. O ministro salientou que a criminalização viola os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, não podendo o Estado obrigá-las a manter uma gestação indesejada com desconsideração de sua autonomia, além de vulnerabilizar sua integridade física e psíquica. Para o julgador, a criminalização do aborto afronta a garantia de igualdade, destacando que atinge diferentemente as mulheres de classes sociais distintas, uma vez que as pobres não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorrendo ao SUS. Como consequência,

multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos¹².

Em outro giro, a inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442³⁵, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, indica como preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos protegidos pela Constituição Federal³², para que seja declarada a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940)³⁶, excluindo do âmbito de incidência o aborto induzido e voluntário nas primeiras 12 semanas, espeitada a autonomia das mulheres, sem necessidade de permissão estatal, assim como garantido aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.

Como se vê, em momento de sério risco de perda de direitos humanos fundamentais das mulheres, é de fulcral importância a mobilização e a organização dos movimentos feministas para a construção do direito de acesso ao aborto seguro, denunciando os obstáculos aos direitos já reconhecidos e pressionando pela sua ampliação ante a ilegitimidade da criminalização pelo direito positivado, burguês e excludente por excelência.

Nesse processo de luta cotidiana, exsurge a proposta de produção alternativa do direito pela via da organização social em redes de apoio, com socorro direto às mulheres que decidam abortar e disseminação de informação de qualidade a respeito dos métodos contraceptivos, das hipóteses de aborto legal, dos estabelecimentos referenciados ou não aptos a realizarem o procedimento, da eficácia, posologia, riscos e vantagens do uso do misoprostol, elaborando material escrito e de mídia audiovisual para as redes sociais, além de promover debates nas ruas, associações de moradores e demais coletivos populares organizados.

A luta concreta na construção do direito de acesso ao aborto seguro não pode desprezar a importância da infiltração de ações contra-hegemônicas na institucionalidade, mediante a apresentação de propostas populares de alteração legislativa, da articulação com parlamentares para deter os retrocessos inseridos nos projetos que já estão em trâmite e da proposição de medidas judiciais no Supremo Tribunal Federal, como, aliás, já tem sido feito.

Com essas premissas, impõe-se reconhecer que as organizações sociais e populares de resistência para a construção do direito de acesso ao aborto seguro, à saúde e, por consequência, à igualdade e à vida³⁷ reestruturam o campo político, desafiam a organização social burguesa e abalam as certezas e conformações do patriarcado.

As mulheres, em lutam, reposicionam-se enquanto senhoras autônomas de sua vontade e de seu corpo, em um processo revolucionário de construção de direitos.

Considerações finais

Procurou-se caracterizar o acesso ao serviço público para a realização do aborto como um direito humano das mulheres, negado ilegitimamente pelo ordenamento jurídico ao defini-lo como crime.

Pode-se dizer que a legislação que criminaliza o aborto vem impregnada dos valores patriarcais, cuja abrangência transborda as questões morais, religiosas, comportamentais e até patrimoniais, entre muitas outras que compõem todo espectro ideológico e organizacional da sociedade e alicerçam as relações de subalternidade.

Visto que o ordenamento jurídico se revela a própria expressão da sociedade burguesa e, como tal, instrumento imprescindível para a manutenção das relações de subordinação e exploração imanentes ao escalonamento social, resguardando os privilégios dos grupos dirigentes, acaba por obstaculizar e até criminalizar condutas inseridas na esfera de direitos

ansiados e reivindicados pelos grupos subalternizados, desvelando sua ilegitimidade.

Ocorre que o aborto é um direito reivindicado pelas mulheres, enquanto grupo subalternizado, emergindo a constatação da necessidade de organização em movimentos populares de luta para a conquista, o reconhecimento e a efetivação do direito de acesso ao aborto seguro.

Na sociedade burguesa, frise-se, o patriarcado caracteriza-se como a ideologia dominante de supremacia masculina que encontrou, no sistema capitalista, respaldo para a intensificação da violência e da opressão que o distinguem.

Lutar pela emancipação das mulheres, pela superação do patriarcado e pela construção de direitos reivindicados por grupos não dirigentes, necessariamente, é uma batalha contra o capital.

Nessa medida, a luta das mulheres somente alcançará êxito na diminuição das desigualdades de gênero e na emancipação social se houver engajamento nas lutas para a superação de todas as formas de opressão, subordinação e exploração.

Especificamente abordando o tema do aborto, constata-se que as mulheres obtiveram conquistas de direitos reconhecidos formalmente em documentos internacionais de que o Brasil é signatário, assim como na própria Constituição Federal, cuja letra assegura a igualdade entre homens e mulheres e o direito à saúde e à vida com dignidade.

Contudo, paradoxalmente, apesar do reconhecimento de que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres são direitos humanos, a legislação nacional criminaliza o aborto, excetuando apenas os casos de risco à vida da gestante, de gestação decorrente de estupro e quando o feto for anencéfalo.

No entanto, a proibição não impede a prática do aborto, tendo como consequência o obstáculo aos serviços de saúde pública, com direta repercussão para as mulheres descapitalizadas.

Mesmo nos casos de aborto autorizados pela lei, ocorrem impedimentos para a concretização do direito, havendo poucas unidades referenciadas, inexistindo publicidade a respeito do atendimento em qualquer unidade com serviço de obstetria, objeção de consciência

dos profissionais e falta de capacitação técnica para lidar com vítimas de violência sexual.

Cabe sublinhar que, desde a legislação penal até a completa ausência de políticas públicas efetivas, observa-se a impregnação de valores morais e religiosos em atos do Estado brasileiro que se fundou constitucionalmente na laicidade. A criminalização do aborto tem por direta consequência o risco incrementado à vida, em grave violação dos direitos humanos das mulheres, demarcando, inclusive, a desigualdade social, com entraves para serviço público de saúde para as mulheres pobres.

Vale dizer que os movimentos feministas pela descriminalização do aborto se mantêm permanentemente em disputa com as forças conservadoras, ainda mais no atual momento histórico em que vivenciamos a supressão de direitos sociais conquistados e até já reconhecidos formalmente nas legislações e de que é exemplo a proposta de emenda constitucional para definir o início da vida com a concepção, criminalizando, possivelmente, até o aborto em gestação decorrente de estupro.

Dadas essas premissas, afigura-se premente a produção alternativa do direito por meio da organização social em redes de apoio e socorro às mulheres que decidam abortar, disseminando informação de qualidade a respeito dos métodos contraceptivos, das hipóteses

de aborto legal, dos estabelecimentos aptos a realizar o procedimento, da eficácia, posologia, riscos e vantagens do uso do misoprostol, elaborando material escrito e de mídia audiovisual para as redes sociais, além de promover debates nas ruas, associações de moradores e demais coletivos populares organizados.

Conclui-se que as organizações sociais e populares de resistência para a construção do direito de acesso ao aborto seguro travam lutas revolucionárias, reestruturando o campo político, desafiando a sociedade burguesa e abalando os valores e conformações do patriarcado. As mulheres formam uma consciência militante feminista coletiva, rompem a própria concepção que têm de si mesmas e realinham as relações sociais, reposicionando-se como senhoras autônomas de sua existência, de sua vontade e de seu corpo.

Colaboradores

Lopes SDN (0000-0001-5048-7660)* e Oliveira MHB (0000-0002-1078-4502)* contribuíram para a concepção, planejamento, análise e interpretação dos dados, elaboração do rascunho, revisão crítica e aprovação final do artigo. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

- Shiva V. El feminismo tiene que luchar para acabar con el capitalismo [internet]. El Español. 2018 jan 26. [acesso em 2018 abr 4]. Disponível em: https://www.elespanol.com/cultura/20180126/vandana-shiva-feminismo-luchar-acabar-capitalismo/279973188_0.html.
- Rubin G. Políticas do sexo. 3. ed. São Paulo: Ubu; 2017.
- Marx K. Manuscritos econômico-filosóficos. 4. ed. São Paulo: Boitempo; 2010. Reimpressão
- Marx K. O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo; 2013.
- Federici S. Notas sobre gênero em O Capital de Marx. Cadernos Cemarx. 2018; 3(10):83-111.
- Saffioti H. Patriarcado-capitalismo: Heleieth Saffioti a partir de “A Ideologia Alemã” [internet]. Lavra Palavra. 2012. [acesso em 2018 nov 28]. Disponível em: <https://lavrpalavra.com/2016/02/12/patriarcado-capitalismo-heleieth-saffioti-a-partir-de-a-ideologia-alema/>.
- Cisne M. Feminismo e consciência de classe no Brasil. São Paulo: Cortez; 2014.
- Engels F. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular; 2012
- Federici S. Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante; 2017.
- Saffioti H. A mulher na sociedade de classes: mito e realidade. Petrópolis: Vozes; 1976. v. 4.
- Baldez ML. Sobre o papel do direito na sociedade capitalista direito insurgente. Petrópolis-RJ: Centro de Defesa dos Direitos Humanos – Gráfica Serrana Ltda; 1989. [acesso em 2019 dez 12]. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/24135779/Miguel-Lanzellotti-Baldez-Sobre-o-papel-do-direito-na-sociedade-capitalista-direito-insurgente>.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306 Relator para o Acórdão: Luís Roberto Barroso, 29 nov 2016 [internet]. [acesso em 2019 fev 21]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc124306lrb.pdf>.
- Singh S, Remez L, Sedgh G, et al. Abortion Worldwide 2017: Uneven Progress and Unequal Access [internet]. USA: Guttmacher Institute; 2017. [acesso em 2019 fev 21]. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/report/abortion-worldwide-2017>.
- Silva FPR, Ramos MS, Partata AK. Misoprostol: propriedades gerais e uso clínico. Rev. Científica do ITPAC. 2013; 6(4):1-10.
- Zordo S. A biomedicalização do aborto ilegal: a vida dupla do misoprostol no Brasil. História Ciênc. Saúde. 2016; 23(1):19-35.
- Diniz D, Medeiros M, Madeiro A. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Ciênc. Saúde Colet. 2017 [acesso em 2019 dez 10]; 22(2):653-660. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232017000200653&script=sci_abstract&tlng=pt.
- Brasil. Ministério da Saúde. Resolução-RE nº 753 de 17 de março de 2017 [internet]. Diário Oficial da União. 18 Mar 2017 [acesso em 2019 fev 7]. Disponível em: http://imprensanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwtZC2Mb/content/id/20114421.
- González Vélez AC. La economía moral de las normas restrictivas sobre aborto en América Latina: vidas ilegítimas o de cuando la propia norma es la violación [dissertação] [internet]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz; 2018.
- Franco M. A emergência da vida para superar o anestesiamiento social frente à retirada de direitos: o momento pós-golpe pelo olhar de uma feminista, negra e favelada. In: Bueno W, Pinheiro-Machado R, Burigo J, et al. editores. Tem saída? Ensaios críticos sobre o Brasil. Parte II: Impeachment e resistência. Porto Alegre: Zouk; 2017. p. 89-95.

20. Zordo S. Representações e experiências sobre aborto legal e ilegal dos ginecologistas-obstetras trabalhando em dois hospitais maternidade de Salvador da Bahia. *Ciênc. Saúde Colet.* 2012; 17(7):1745-1754.
21. Baratta A. *Criminología crítica y crítica del derecho penal.* Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina; 2004.
22. Fonseca JG. *Aborto legal no Brasil: avanços e retrocessos.* Curitiba: Appris; 2018.
23. Bezerra J. Revolução Francesa 1789 [internet]. [acesso em 2019 fev 7]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-francesa/>.
24. Melo HP, Thomé D. *Mulheres e poder: histórias, ideias e indicadores.* Rio de Janeiro: FGV Editora; 2018.
25. Silva DJ. Encontros e desencontros entre marxismo e feminismo: uma análise da incorporação da luta pela emancipação das mulheres entre os revolucionários russos a partir de Lênin, Kollontai e Trotsky. *Rev. Hist. Luta de Classes.* 2015; 11(20):47-60.
26. Davis A. *Mulheres, cultura e política.* São Paulo: Boitempo; 2017. Tradução Heci Regina Candiani.
27. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos [internet]. [acesso em 2019 fev 9]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.
28. Barsted LL. Os direitos humanos na perspectiva de gênero. I Colóquio de Direitos Humanos. Anais... In: *Os Direitos Humanos na Perspectiva de Gênero* [internet]. São Paulo: DHNET; 2001. [acesso em: 2019 fev 9]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/a_pdf/barsted_dh_perspectiva_genero.pdf.
29. Estados Unidos da América. Pacto de San José da Costa Rica [internet]. [acesso em 2019 fev 9]. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.
30. Brasil. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 [internet]. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.* Diário Oficial da União. 7 Jul 1992 [acesso em 2019 fev 9]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.
31. Assembleia Geral das Nações Unidas. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos [internet]. [acesso em 2019 fev 9]. Disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html.
32. Brasil. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988 [acesso em 2019 jan 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
33. Paula B. O aborto no Código Penal Brasileiro [internet]. *Jus.* 2017 abr [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57513/o-aborto-no-codigo-penal-brasileiro>.
34. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54. Distrito Federal [internet]. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.
35. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>.
36. Brasil. Decreto-Lei nº 2.848/1940 [internet]. Código Penal. [acesso em 2018 set 15]. Diário Oficial da União. 8 Dez 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.
37. Ruibal A. Movement and counter-movement: a history of abortion law reform and the backlash in Colombia 2006–2014. *Reprod Health Matters.* 2014; 22(44):42-51.

Recebido em 02/09/2019

Aprovado em 15/10/2019

Conflito de interesses: inexistente

Suporte financeiro: não houve

Crianças e adolescentes acolhidos no estado do Rio de Janeiro: a adoção é a solução?

Children and adolescents taken care by the state of Rio de Janeiro: is adoption the solution?

Sandro Pitthan Espindola¹, Marcos Besserman Viana², Maria Helena Barros de Oliveira²

DOI: 10.1590/0103-11042019S404

RESUMO A finalidade deste artigo foi debater se a adoção, na forma em que está sistematizada no Brasil, por meio do Cadastro Nacional de Adoção, pode ser a solução para o grave problema do acolhimento institucional de crianças e adolescentes em situação de risco, especialmente aqueles que vivem no estado do Rio de Janeiro. Para tanto, foram analisados os dados secundários de dois sistemas informatizados oficiais: o Módulo Criança e Adolescente, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e o Cadastro Nacional de Adoção, do Conselho Nacional de Justiça. Concluiu-se que, da forma com que o sistema está concebido, a adoção está longe de ser a solução para a violação do direito fundamental à convivência familiar dessas crianças e adolescentes, podendo, quando muito, constituir uma grande oportunidade, e isso caso ocorram mudanças nos critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, de seleção de crianças e adolescentes de acordo com as suas características físicas pelas pessoas interessadas em adotar.

PALAVRAS-CHAVE Acolhimento. Adoção. Adolescente institucionalizado. Criança acolhida. Racismo oculto.

ABSTRACT *The purpose of this article is to discuss whether adoption, in the form in which it is systematized in Brazil, by the National Adoption Register, may be the solution to the serious problem of child and adolescent in risk situation care, especially those living in the state of Rio de Janeiro. To this end, the secondary data of two official computerized systems were analyzed: the Child and Adolescent Module of the Public Ministry of the state of Rio de Janeiro, and the National Adoption Register of the National Council of Justice. It was concluded that, the way the system is designed, adoption is far from being the solution to the violation of the fundamental right to family life of these children and adolescents, and can, at very least, be a great opportunity, but only if changes occur in the criteria established by the National Council of Justice, of selection of children and adolescents according to their physical characteristics by those interested in adopting.*

KEYWORDS *User embracement. Adoption. Adolescent, institutionalized. Child, foster. Covert racism.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
sandro.espin@gmail.com

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

A adoção, tal como concebida pelo Brasil, pode ser a solução, ou apenas uma das alternativas, para um drama que marca a história de muitas crianças e adolescentes brasileiros: crescer em uma entidade de acolhimento institucional – popularmente conhecidas pelo nome de abrigos ou orfanatos – sem conviver com uma família.

Estudiosos de diversas áreas vêm apontando os malefícios causados pela longa permanência de crianças e adolescentes em entidades de acolhimento institucional, especialmente àqueles de tenra idade.

Segundo Passeti¹, nas instituições, as crianças são criadas sem vontade própria, prevalecendo sempre o interesse coletivo em detrimento de suas individualidades, além de receberem formação escolar insatisfatória e, muitas vezes, direcionada para a ocupação de posições consideradas de baixo escalão dentro da sociedade.

Na mesma linha, Cuneo² afirma que as instituições não são o espaço natural para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, que, repentinamente, passam a ser cuidados por pessoas que lhes são estranhas, e sem os estímulos que somente uma atenção individualizada poderia lhes fornecer, formando vínculos afetivos e emocionais precários, com graves prejuízos à formação de suas integridades psicológicas.

Ariès³ destaca que, desde o início da Idade Moderna, a família passou a ocupar um papel central na formação de crianças e adolescentes, deixando de ser apenas uma instituição de direitos e transformando-se em uma entidade na qual seus integrantes estão unidos pelo amor e voltados para os cuidados e para a afetividade com as suas crianças.

Nesse contexto, como uma das formas de colocação em família substituta é que exsurge a adoção (art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.060/90⁴), carregando a esperança de ser a solução para essa grave violação dos direitos humanos de tantas crianças e adolescentes, mantidos alijados de uma saudável e imprescindível

convivência familiar, que acaba por acarretar sérios danos às suas integridades psicológicas e, portanto, à saúde, já que estão em fase de plena formação e desenvolvimento.

No ordenamento jurídico pátrio, a adoção encontra-se regulamentada pelo ECA⁴, com as modificações que lhe foram introduzidas pelas Leis nº 12.010/09⁵ e nº 13.509/17⁶, com destaque para a criação e para a implementação do cadastro nacional de crianças e adolescentes disponíveis à adoção e de pessoas interessadas em adotá-los (art. 50, § 5º do ECA)⁴.

Antes mesmo das primeiras modificações no instituto da adoção, introduzidas pelo legislador, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de fiscalização do Poder Judiciário, já havia criado o mencionado Cadastro Nacional de Adoção (CNA)⁷, por meio da Resolução CNJ nº 54/2008⁸.

Encontram-se cadastrados no CNA⁷ 9.419 crianças e adolescentes e 45.182 pretendentes habilitados à adoção.

A adoção continua na pauta do dia.

No Congresso Nacional, tramita um Projeto de Lei do Senado (PLS nº 394/17)⁹ que pretende criar um estatuto próprio para tratar da adoção.

Ocorre que, para que uma criança e adolescente acolhidos seja considerada adotável, e então inseridas no cadastro como disponível à adoção, seus pais deverão ser previamente destituídos do poder familiar, por meio de uma ação judicial, exceto se forem falecidos ou aquiescerem com a colocação dos filhos em uma família substituta (art. 166 do ECA)⁴.

O afastamento de crianças e adolescentes de suas famílias, por intermédio da medida protetiva de acolhimento institucional, não significa que os pais foram destituídos do poder familiar, e, portanto, que eles estejam aptos a serem adotados e inseridos no CNA.

Dessa forma, inicialmente, buscou-se pesquisar, no estado do Rio de Janeiro, quais as principais motivações que acarretavam o afastamento de crianças e adolescentes acolhidos de suas famílias, para saber se tais razões poderiam ensejar a extinção do poder familiar dos pais com o encaminhamento de crianças e adolescentes para adoção.

Nessa primeira etapa, como material de pesquisa, foram utilizadas as informações relativas a crianças e adolescentes acolhidos no estado do Rio de Janeiro, disponibilizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), por meio do sistema informatizado denominado Módulo Criança e Adolescente (MCA)¹⁰, por ainda não existir, no âmbito do CNA⁷, uma ferramenta de sincronização automática no sistema informatizado, para saber os perfis (cor/raça/etnia; faixa etária e grupo de irmãos) de todas as crianças e adolescentes acolhidos no País e em cada estado da federação e, entre eles, aqueles já disponíveis à adoção.

Em um segundo momento, como o objetivo da pesquisa é saber se a adoção pode ser a solução para o acolhimento institucional no estado do Rio de Janeiro, consideraram-se adotáveis todas as crianças e adolescentes acolhidos, o que não é o caso, comparando-se três de suas principais características (cor/raça/etnia; faixa etária e grupo de irmãos) com o perfil desejado pelos habilitados à adoção, por meio da extração das informações constantes no CNA⁷.

Partiu-se da seguinte hipótese: a adoção não é a solução para o problema do acolhimento de crianças e adolescentes e, caso repensados os critérios do CNA, poderá vir a ser uma real esperança para os acolhidos à convivência familiar.

A verdadeira face do acolhimento institucional no Brasil

Crianças e adolescentes brasileiros são cotidianamente afastados de suas famílias e encaminhados, sob a responsabilidade do Estado, para alguma instituição pública ou não governamental, à título de aplicação de uma medida protetiva de acolhimento institucional, em decorrência de situação de risco causada por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; falta, omissão ou abuso dos pais; ou de suas próprias condutas (arts. 98 e 101, incisos VII e VIII do ECA⁴).

A história do Brasil é marcada pelo afastamento de crianças e adolescentes de suas famílias de origem. Em 14 de janeiro de 1738, foi fundada, por Romão de Mattos Duarte, na Santa Casa da Misericórdia, a Casa dos Expostos, que possibilitava aos pais a entrega dos filhos ao Estado, lançando-os, sem qualquer tipo de identificação, especialmente os de tenra idade, através de uma grande roda giratória¹¹. Com o primeiro Código de Menores de 1926 (Decreto nº 5.083)¹², substituído um ano depois pelo Código Mello Mattos (Decreto nº 17.943-A)¹³, iniciou-se a fase em que a carência e a pobreza passaram a ser sinônimos de delinquência e, conseqüentemente, institucionalização de crianças e adolescentes. Tal período, conhecido como Doutrina da Situação Irregular, perdurou quando foi revogado o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/79)¹⁴, em 1990, e teve como ápices o Serviço de Assistência ao Menor (SAM) e a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem)¹⁵.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988 (CF)¹⁶, da edição do (Lei nº 8.069/90)⁴, e da ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC – Decreto nº 99.710/90)¹⁷, surgiu um novo paradigma para o atendimento infantojuvenil, conhecido como Doutrina da Proteção Integral. Desde então, crianças e adolescentes passaram a ser considerados como sujeitos de direitos, que devem receber tratamento prioritário do Estado, da comunidade, da sociedade e da família, para que possam ter pleno desenvolvimento físico e psicológico, pois estão em condição peculiar de desenvolvimento (art. 227 da CF)¹⁶. Logo, o acolhimento passou a ser excepcional e provisório, não importando em privação de liberdade (art. 101, parágrafo único do ECA)⁴.

Mesmo com a chegada do novo paradigma, o acolhimento de crianças e adolescentes pelo Estado, principalmente em instituições, continua presente, como uma das primeiras medidas para uma infância e juventude desvalida.

De fato, a cultura da institucionalização de crianças pobres, iniciada no período colonial, perdurou durante todo o século XX, como a

opção para uma população carente, que continuou a vivenciar com seus filhos o estigma da pobreza imposto pelo Estado, diante da falta de implementação efetiva de políticas públicas voltadas às famílias¹⁸.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, de dezembro de 2006¹⁹, descreveu essa triste realidade, já no século atual, quando definiu famílias em situação de vulnerabilidade ou risco social, como grupos familiares que enfrentam condições socioculturais negativas ao cumprimento de seus deveres, com ameaças ou violações flagrantes de seus direitos.

Nos últimos anos, com a promulgação das Leis n° 12.010/09⁵ e n° 13.509/17⁶, o ECA⁴ sofreu profundas modificações, com o objetivo de abreviar ao máximo a permanência de crianças e adolescentes nas instituições de acolhimento e, por conseguinte, torná-los disponíveis à adoção, caso não possam retornar para o convívio de suas famílias. Dentre tantas alterações, destacam-se: a) a entrada e saída de crianças e adolescentes das instituições somente ocorrerá por meio de decisão e guia judiciais (art. 01, §§ 2° e 3° do ECA⁴); b) o estabelecimento de um plano individual de atendimento de cada criança/adolescente acolhido (art. 101, § 4° do ECA⁴); c) a introdução de um prazo máximo para reavaliação da medida de acolhimento – 6 meses, em 2009, para 3 meses, a partir de 2017 (art. 19, §1° do ECA⁴); d) o tempo máximo de acolhimento institucional – 2 anos, em 2009, para 18 meses, a partir de 2017 (art. 19, §2° do ECA⁴); e) a preferência na manutenção ou reintegração da criança ou adolescente em sua família, com relação a qualquer outra providência (art. 19, § 3° do ECA⁴); f) o prazo máximo de até 90 dias para busca da família extensa (art. 19A, §3° do ECA⁴); g) o encaminhamento para adoção dos recém-nascidos não procurados em até 30 dias por suas famílias (art. 19, A, § 10 do ECA⁴); h) a falta ou carência de recursos materiais, por si só, não constituir motivo para a retirada da criança de sua família, devendo esta ser

obrigatoriamente incluída em programas oficiais de auxílio (art. 23 e parágrafo único do ECA⁴); i) a prevalência da família, na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente (art. 100, parágrafo único, X do ECA⁴) e j) o prazo de 15 dias para o ingresso da ação de destituição do poder familiar pelo Ministério Público e de 120 dias para a conclusão da ação judicial (arts. 101, § 10 e 163 do ECA⁴).

Diante de tantas mudanças, constata-se, ao menos do ponto de vista formal, que a institucionalização de crianças e adolescentes deve ser sempre excepcional e provisória. Nota-se, também, que o legislador vem indicando outras opções, como o acolhimento familiar (art. 101, inciso VIII do ECA⁴, introduzido pela Lei n° 12.010/09⁵), prioritário em relação ao institucional, bem como os programas de apadrinhamento de crianças institucionalizadas, para minimizar os estigmas da institucionalização (art. 19-B do ECA⁴, acrescentado pela Lei n° 13.509/17⁶).

Considerando que, ressalvados os casos de concordância dos pais ou orfandade, faz-se necessária a prévia destituição do poder familiar, via ação judicial própria, em face dos pais, para que os acolhidos fiquem disponíveis à adoção, será preciso compreender, primeiramente, os principais motivos que ensejam os acolhimentos de crianças e adolescentes, afastando-os de suas famílias de origem (art. 166 do ECA⁴).

Motivos do acolhimento e as causas de destituição do poder familiar

De acordo com o Código Civil (art. 1.638 do CC)²⁰, a perda do poder familiar poderá ocorrer pelas seguintes causas: castigos imoderados; abandono; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; entrega irregular do filho para adoção; ou caso haja a prática de homicídio, feminicídio, lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, estupro, ou crime diverso contra a dignidade sexual,

com pena de reclusão contra o outro titular do poder familiar, filho, filha ou descendente.

Segundo os dados do 22º censo do MCA²¹, encerrado em 31 de dezembro de 2018, crescem, no estado do Rio de Janeiro, longe de suas famílias, 1.650 crianças e adolescentes, sendo 1.515 em acolhimento institucional, e 135 em acolhimento familiar. Entre eles, apenas 166 estão aptos à adoção.

Por sua vez, consta também no aludido censo²¹ que as principais motivações para o acolhimento de crianças/adolescentes no estado, entre outras, foram: negligência (35,64%); abandono (8,18%); situação de rua (8,00%); em razão de sua conduta (6,18%); abusos físicos ou psicológicos (5,76%); suspeita ou abuso sexual (3,94%).

A categoria negligência (35,64%), apontada como o principal motivo para o acolhimento institucional, consiste na falta do cumprimento de um dever de cuidado pela omissão do agente, no caso, os pais. Segundo o Código Civil, a negligência, isso é, a omissão dos pais, por si só, não poderá dar ensejo à destituição do poder familiar, salvo nos casos de prática reiterada da conduta omissiva pelo agente (arts. 1637 c/c 1638, III do CC)²⁰.

Outrossim, verifica-se que, sozinhas, duas outras motivações apontadas pelo 22º censo do MCA²¹ – situação de rua (8,00%), em razão de sua própria conduta (6,18%) – não darão ensejo à extinção do poder familiar, já que apenas indiretamente relacionadas com alguma conduta atribuída aos pais.

Consequentemente, apenas o abandono (8,18%) e o acolhido ser vítima, seja de abusos físicos/psicólogos (5,76%), seja sexuais (3,94%), poderão acarretar a destituição do poder familiar e a disponibilização dos acolhidos para a adoção.

Portanto, em regra, crianças e adolescentes encaminhados para o acolhimento estatal, pelas motivações apresentadas para a aplicação da medida de proteção, não estão aptos à adoção, pois não há causa para a destituição do poder familiar de seus pais.

Logo, o acolhimento institucional não pode

ser compreendido como sinônimo de crianças e adolescentes disponíveis à adoção.

Não obstante, o Brasil maciçamente tem fomentado a colocação em família substituta por meio da adoção, como a grande resposta à questão do acolhimento de crianças e adolescentes.

O Sistema Nacional de Adoção e algumas iniciativas do Estado

No dia 29 de abril de 2008, o CNJ, órgão de fiscalização do Poder Judiciário, editou a Resolução CNJ nº 54⁸ implementando um Banco Nacional de Adoção, que consolidou os dados de todas as serventias judiciais do País, relativos a crianças e adolescentes disponíveis à adoção e aos habilitados à adoção domiciliados no Brasil.

Na prática, o CNA⁷ é um grande gerenciador de informações, que busca cruzar as características de crianças e adolescentes disponíveis à adoção com as preferências dos pretendentes inscritos de todo o Brasil, denominados habilitados. Dessa forma, desde a sua implantação, o CNJ sempre autorizou, no CNA⁷, que os habilitados escolhessem crianças e adolescentes pelos seguintes critérios: idade; sexo; grupo de irmãos; raça/cor/etnia; com ou sem deficiência física e mental, HIV e outras doenças.

Segundo o ECA⁴ (art. 50, § 13, incisos I, II e III), toda e qualquer adoção somente será concedida aos pretendentes habilitados no CNA, salvo em três situações legais: 1. adoção unilateral (padrasto ou madrasta adotam a/o enteada/o), 2. pedidos formulados por parentes com quem o adotando conviva e mantenha laços de afetividade; 3. requerimentos formulados por aqueles que detenham a guarda ou tutela de criança, ou adolescente maior de 3 anos.

Mesmo após a regulamentação de um sistema nacional pela Lei nº 13.010/09⁵, o Poder Legislativo, além de introduzir novidades por intermédio da Lei nº 13.514/17⁶, continua debatendo no Congresso Nacional Projetos de Lei (PL) sobre o tema, com o objetivo de fomentar

ainda mais a adoção de crianças e adolescentes acolhidos. Destaca-se o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 394, de 2017⁹, que estabelece um Estatuto da Adoção, subtraindo a matéria do ECA, que sempre sistematizou todos os direitos de crianças e adolescentes.

No âmbito do Poder Executivo, responsável pela instituição de políticas públicas em prol de crianças, adolescentes e famílias brasileiras, há também estímulos à adoção. Exemplificando, o governo do estado do Rio de Janeiro, com a Lei Estadual nº 3.499/2000²², criou o programa Um Lar para Mim, instituindo um auxílio-adoção para o servidor público estadual ocupante de emprego público, cargo efetivo ou cargo em comissão, civil ou militar, ativo ou inativo, que adotar criança ou adolescente órfão ou abandonado.

O Poder Judiciário caminha no mesmo sentido, por meio da iniciativa de seus diversos Tribunais de Justiça, ao organizarem várias campanhas de adoção. Como exemplos de boas práticas, destacam-se os projetos Adote Um Vencedor, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²³; Adote um Boa Noite, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁴; Esperando por Você, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo²⁵; e Deixe o Amor te Surpreender, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²⁶.

O próprio MPRJ, em 2017, criou um sistema próprio de busca ativa de crianças disponíveis à adoção denominado Quero Uma Família²⁷.

Recentemente, o CNJ, por meio da Resolução nº 289, de 14 de agosto de 2019²⁸, implantou o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), ainda em fase de testes, revogando a Resolução nº 54, de 29 de abril de 2008, que criou o CNA.

Metodologia

Crianças e adolescentes acolhidos no estado do Rio de Janeiro foram eleitos como o público-alvo da pesquisa. Para tanto, foram coletados como instrumentos os dados empíricos multifocais secundários do MCA¹⁰, resultados do 22º censo²¹ dos acolhidos do estado do Rio de Janeiro,

encerrado em 31 de dezembro de 2018. O MCA¹⁰ consiste em um sistema de dados gerenciados pelo MPRJ, com informações detalhadas de todas as crianças e adolescentes acolhidos no estado do Rio de Janeiro, que é alimentado diariamente pelos Conselheiros Tutelares, Poder Judiciário e o próprio Ministério Público. Semestralmente, o MPRJ realiza censos dessa população, encerrando-se a 22ª compilação²¹ de acesso público em 31 de dezembro de 2018.

Como a pergunta da pesquisa consiste em verificar se a adoção pode vir a ser a solução para o problema do acolhimento institucional do estado do Rio de Janeiro, bem como diante da pequena quantidade de crianças e adolescentes acolhidos no estado aptas à adoção (apenas 166, segundo os dados do 22º censo do MCA²¹), o que representa pouco mais de 10% do número total de acolhimentos, decidiu-se partir da seguinte premissa para possibilitar a apresentação dos dados: todos os 1.650 acolhidos cadastrados no MCA²¹ (100%) estavam disponíveis à adoção na data de 31 de dezembro de 2018.

Para constatar as reais oportunidades de o público acolhido no estado do Rio de Janeiro vir a ser adotado, foram eleitas três de suas características para análise: cor/raça/etnia; integrar um grupo de irmãos e a faixa etária.

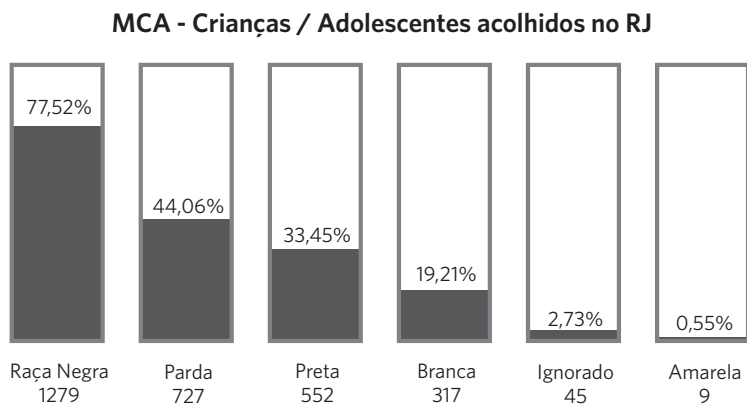
Tais informações dos acolhidos foram comparadas com as preferências dos habilitados à adoção de todo o Brasil, cadastrados no CNA, uma vez que crianças e adolescentes são disponibilizados à adoção para qualquer habilitado do País, respeitando-se a ordem cronológica de inscrição do pretendente.

Os dados colhidos no CNA, sobre as preferências dos habilitados à adoção, também foram extraídos no dia 31 de dezembro de 2018, pois o 22º censo do MCA²¹ encerrou nessa data.

Resultados e discussões

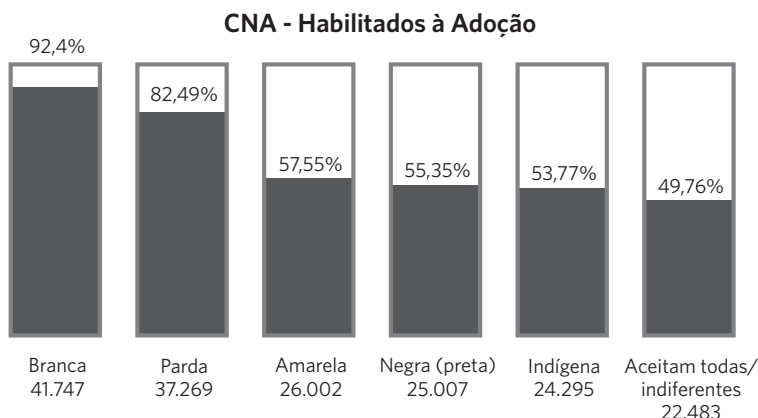
Os dados serão apresentados em três grupos, mediante as *figuras 1 e 2*, mantendo-se as categorias e as variáveis utilizadas nos bancos de dados oficiais do 22º censo do MCA²¹ e do CNA⁷.

Figura 1. Relação entre a cor/raça/etnia das crianças/adolescentes acolhidos no 22º censo do Módulo Criança e Adolescente



Fonte: Elaborado com base no 22º censo do Módulo Criança e Adolescente²¹.

Figura 2. Preferências dos habilitados à adoção de todo o Brasil do Cadastro Nacional de Adoção



Fonte: Elaborado com base no 22º censo do Módulo Criança e Adolescente²¹ e no Cadastro Nacional de Adoção⁷.

Algumas dificuldades merecem ser apontadas, antes da análise dos resultados.

A primeira é que o CNA⁷ não adota a nomenclatura raça/etnia negra, tal como fez o 22º censo MCA²¹, de acordo com a definição do Estatuto da Igualdade Racial (art. 1º, inciso IV da Lei nº 12.288/10)²⁹ como o conjunto das pessoas que se autodeclaram pretas e partas, segundo a classificação adotada pelo Instituto

Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Ademais, a inclusão dos dados de crianças e adolescentes, com base no quesito cor/raça/etnia, é realizada por terceiros, os profissionais que alimentam os sistemas, (heterodeclaração), e não por eles próprios (autodeclaração), como determina o Estatuto da Igualdade Racial²⁹.

A terceira é a imprecisão de tais informações, já que cor/raça/etnia são conceitos

relacionais, a depender de diversos fatores para que possam ser categorizados, não apenas a simples aparência física. Exemplificando, a definição de alguém considerado da cor/raça/etnia negra/preta ou parda, para alguém domiciliado na região Sul poderá ser diferente da atribuída por uma pessoa que vive na região Norte.

Por último, a impossibilidade de simplesmente somar os números dos habilitados que aceitam crianças/adolescentes da cor/raça descrita no CNA⁷ como pretas e pardas, para fins de encontrar o quantitativo daqueles que aceitam os acolhidos da coluna raça negra (pretos e pardos) do 22º censo MCA²¹, pois, quando os adotantes escolhem as suas preferências, podem apontar mais de uma cor/raça/etnia, sendo essa a regra.

Dito isso, analisando os resultados, observa-se que a maioria dos acolhidos cadastrados no 22º censo MCA²¹ é da raça negra (77,52%), considerada a junção das pardas (44,06%) e pretas (33,45%), representando as brancas apenas o percentual de 19,21%. Por outro lado, o percentual dos habilitados que aceitam adotar crianças negras/pretas (55,35%) ou pardas (82,49%) é bem menor do que os que aceitam as brancas (92,4%).

Destarte, as oportunidades de um acolhido classificado como de cor/raça/etnia branca encontrar alguém que deseje adotá-lo são bem maiores do que aqueles da raça negra (pretas e pardas). Consequentemente, os acolhidos da cor/raça/etnia negra (pretos e pardos) tendem a permanecer mais tempo em regime de acolhimento, e, dependendo de outros fatores (faixa etária e grupo de irmãos), com poucas chances de serem adotados.

De acordo com a análise dos dados, essa opção de escolha da cor/raça/etnia de um filho autorizada pelo CNJ no CNA⁷ constitui a prática reconhecida como racismo institucional.

Segundo Jurema Werneck³⁰⁽⁵⁴³⁾, o racismo institucional

equivale a ações e políticas institucionais capazes de produzir e/ou manter a

vulnerabilidade de indivíduos e grupos sociais vitimados pelo racismo.

Para Thula Pires³¹⁽²⁵⁷⁾, o racismo institucional, como uma consequência da atuação das instituições,

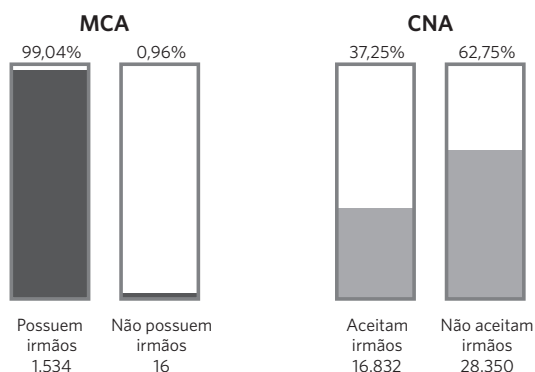
decorre necessariamente do alto grau de naturalização da hierarquia racial e dos estereótipos que inferiorizam determinado grupo enquanto afirmam a superioridade do outro.

Saliente-se a ausência de voluntariedade para que o racismo institucional esteja configurado, uma vez que ele é apenas uma consequência do atuar das instituições, no caso, a autorização concedida pelo CNJ para que crianças e adolescentes sejam escolhidos dessa forma.

Registre-se, ainda, que o percentual de habilitados que aceitam crianças/adolescentes classificadas como pardas (82,49%), ou seja, mais próximas das brancas, é bem maior do que o das categorizadas como negras/pretas (55,35%). Esse fenômeno é conhecido como ‘colorismo’ ou ‘pigmentocracia’, que consiste em verificar a quantidade de privilégios, ou prejuízos, que é concedida entre pessoas da raça negra, baseadas apenas na cor da pele, isto é, quanto mais clara for a tonalidade de sua pele, ou seja, bem próxima da branca, maiores serão os privilégios de que gozará, comparativamente com aquelas de tom de pele mais escuro³². No caso, crianças e adolescentes pardos, mais parecidas com o padrão dominante desejado pelos habilitados – crianças/adolescentes brancas –, terão mais chances de adoção do que os negros/pretos.

É importante também ressaltar, considerando o alto número de habilitados no País (45.182), que, caso fossem cadastrados no CNA⁷ apenas pessoas que aceitassem adotar independentemente da cor/raça/etnia (22.483 – 49,76%), já haveria candidatos suficientes para a adoção de todas as crianças e adolescentes acolhidos no estado do Rio de Janeiro (1.650 – 22º censo MCA²¹), e os do Brasil já cadastrados no CNA (9.419)⁷ (figura 3).

Figura 3. Relação entre os acolhidos por grupos de irmãos do 22º censo do Módulo Criança e Adolescente e as preferências dos habilitados à adoção do Cadastro Nacional de Adoção



Fonte: Elaborado com base no 22º censo do Módulo Criança e Adolescente²¹ e no Cadastro Nacional de Adoção⁷.

Enquanto apenas 16 (0,96%) crianças e adolescentes acolhidos no estado do Rio de Janeiro não possuem irmãos, a maioria dos habilitados manifesta a preferência por não adotar crianças e adolescentes com irmãos (62,75%).

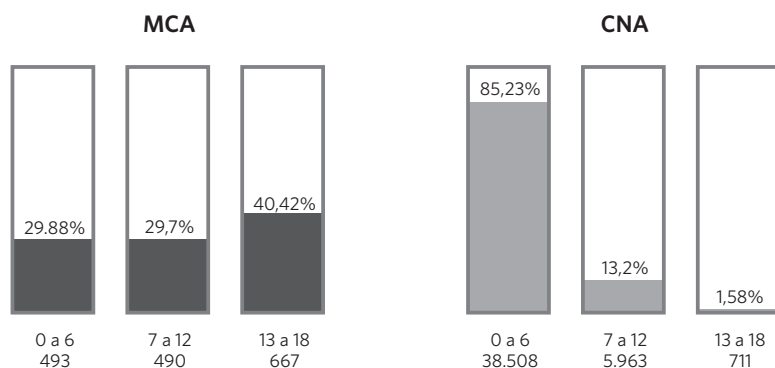
Ressalte-se que, caso fossem admitidos no CNA apenas os habilitados que aceitassem adotar grupo de irmãos, já existiria mais do que o dobro de pretendentes para adotar todas as crianças e adolescentes do Brasil cadastrados no CNA⁷ (9.419), quiçá dos acolhidos no estado do Rio de Janeiro (1.650 – 22º censo MCA)²¹ (figura 4).

Nota-se que 85,23% dos habilitados à adoção de todo o Brasil desejam crianças até a faixa etária de 6 anos de idade, enquanto esse público representa apenas 29,88% das crianças e adolescentes que estão acolhidos no estado do Rio de Janeiro.

As adoções no estado do Rio de Janeiro, portanto, em sua grande maioria, serão tardias (a partir de 7 anos de idade).

Não se pode perder de vista que, diante do grande número de habilitados já inscritos no CNA, são desnecessárias novas habilitações para crianças de tenra idade (de 0 a 6 anos de idade).

Figura 4. Relação entre as crianças/adolescentes cadastrados por faixa etária no 22º censo do Módulo Criança e Adolescente e a preferência dos habilitados à adoção do Cadastro Nacional de Adoção



Fonte: Elaborado com base no 22º censo do Módulo Criança e Adolescente²¹ e no Cadastro Nacional de Adoção⁷.

Considerações finais

O desrespeito ao direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes, com a sua inclusão e manutenção em regime de acolhimento pelo Estado, especialmente em instituições, constitui um grave problema de falta de implementação efetiva e contínua de políticas públicas, que garantam às famílias mais vulneráveis direitos sociais mínimos – habitação, saúde, educação e oportunidade de trabalho.

As famílias brasileiras mais vulneráveis precisam ser tratadas pelo Estado por meio de ações preventivas, e com oportunidades concretas de acesso a programas de planejamento familiar, isso porque os números demonstram que quase a totalidade dos acolhidos do estado do Rio de Janeiro possuem irmãos.

Para que o acolhimento de crianças e adolescentes seja excepcional e, quando inevitável, provisório, como determina a lei, será preciso uma efetiva transformação sociocultural, para que todos os operadores do sistema de garantia de direitos enxerguem, antes da aplicação da drástica medida, os efeitos negativos na formação da integridade psicológica daqueles que passaram por alguma experiência de institucionalização.

Constatou-se que o principal fato gerador do acolhimento de crianças e adolescentes no estado do Rio de Janeiro foi a negligência dos pais, que poderia ser evitada, caso existisse um efetivo acompanhamento das famílias mais vulneráveis pelas municipalidades, por intermédio dos seus serviços de assistência social e das equipes de atenção básica da Estratégia Saúde da Família, com a imprescindível participação dos Conselhos Tutelares. Somente assim a medida protetiva de acolhimento, seja familiar ou institucional, seria uma última forma, pois já esgotadas as possibilidades de manutenção de crianças e adolescentes em sua família.

Faz-se urgente, portanto, além de aumentar o número de Conselhos Tutelares da grande maioria dos municípios que compõem o

Estado, que os já existentes sejam devidamente estruturados, para que a sociedade enxergue o conselheiro como um agente indispensável para o sistema de garantia e proteção de direitos, especialmente por estar em sua ponta, dando o pontapé inicial para o acolhimento, quase sempre sem conhecer a realidade familiar daquela criança ou adolescente.

Não se pode perder de vista que, quando crianças e adolescentes permanecem por longos períodos acolhidos, os vínculos familiares acabam impreterivelmente por se romper, pois muitas famílias, diante da precariedade de recursos, acabam restringindo o seu convívio com os filhos a meras visitas, quando muito, semanais.

Reitera-se que a medida de acolhimento deve ser esvaziada, e aplicada apenas para situações peculiares, em que a criança e o adolescente estejam concretamente correndo grave risco em permanecer com os seus pais e sem possibilidades de ficar aos cuidados de outros parentes.

A adoção, como uma das formas de colocação em família substituta, mesmo que não seja a solução, pode, sim, ser uma grande esperança para crianças e adolescentes acolhidos pelo Estado.

Como o CNA foi estabelecido em favor de crianças e adolescentes à espera de uma família, seus critérios de seleção de filhos devem ser rediscutidos, por privilegiarem muito mais o interesse de adultos do que o dos acolhidos, sujeitos de direito para quem o cadastro foi criado.

Isso porque não há qualquer previsão legal que estabeleça o dever de o Estado fornecer filhos por meio do instituto da adoção, muito menos com as características desejadas pelos adotantes. Caso não existissem tantas crianças e adolescentes vivendo sem uma família, certamente a adoção não seria tão difundida no País.

O critério cor/raça/etnia, de conteúdo sociocultural, não deve integrar um sistema informatizado de cruzamento de dados, diante de sua notória imprecisão, notadamente entre

as categorias pardos e pretos. Além disso, a opção de escolha de filhos com base nessa categoria, conforme demonstrado, caracteriza a prática de racismo institucional pelo CNJ, que é o criador e gestor do CNA.

A adoção, portanto, não deve ter cor, uma vez que a filiação adotiva tem por sua essência a ausência de semelhanças físicas entre pais e filhos. Essa realidade não deve ser mascarada, e aqueles que foram considerados habilitados à adoção pelo Estado têm que estar preparados para enfrentar juntos com seus filhos todos os preconceitos que a filiação adotiva lhes reserva, especialmente nos casos de adoção inter-racial.

Precisamos refletir se o Estado ainda tem interesse em habilitar pessoas que estão interessadas em adotar apenas crianças de tenra idade e que não possuam irmãos, já que os acolhidos, em sua grande maioria, não possuem esses perfis.

É chegada a hora de investir nos habilitados do CNA que fizeram a opção de adotar crianças e adolescentes independentemente de cor/raça/etnia; que aceitam grupos de irmãos e que estão abertos para as adoções tardias. Neles devemos depositar as nossas esperanças e estimular que conheçam os acolhidos que estão à espera do amor de uma família.

Pelo número de pretendentes já cadastrados no CNA, que supera em quatro vezes o número de crianças e adolescentes disponíveis à adoção, a suspensão de novos pedidos de habilitação à adoção, salvo os casos de interessados em adoções necessárias (grupos de irmãos, tardias, crianças/adolescentes com doença ou deficiências), apresenta-se como uma realidade que deve ser debatida com a sociedade.

O processo de habilitação à adoção, ainda que parcialmente descentralizado, com a participação dos grupos de apoio à adoção, continua custoso ao Estado, e acaba gerando frustrações aos interessados, que não encontram o filho idealizado e imputam esse desencontro a uma suposta burocracia estatal.

As portas das entidades de acolhimento institucional têm que ser abertas, para que, de

forma supervisionada pelas equipes técnicas, os habilitados à adoção tenham efetivo contato com a realidade de crianças e adolescentes acolhidos, e, desse encontro, possa surgir o amor que une pais e filhos. O ECA já recomenda a visitação às entidades de acolhimento, mas pouca importância os habilitados e os juízos com competência em infância e da juventude vêm dando a essa fundamental etapa para o processo de construção de laços afetivos.

Concluindo, somente com o estabelecimento de um funil ainda menor na porta de entrada do sistema de acolhimento, e uma profunda mudança no perfil dos habilitados à adoção, a institucionalização de crianças e adolescente poderá deixar de ser um problema ainda atual no Brasil. Ademais, caso não aconteçam mudanças e a exclusão de alguns dos critérios do CNA, estabelecidos sem base legal, a adoção, tal como organizada no País, terá uma aplicação restrita, atendendo muito mais aos interesses daqueles que pretendem adotar do que o de crianças e adolescentes à espera de uma família. Talvez não seja por acaso que ela tenha surgido pela primeira vez em um ordenamento jurídico na Idade Antiga, muito antes do reconhecimento de quaisquer direitos a crianças e adolescentes, o que aconteceu apenas no final do século XX.

Há, finalmente, que se destacar que a adoção é, antes de tudo, um ato de amor que deve estar envolvido por questões éticas e responsabilidades extremas. A dignidade da criança e do adolescente é um marco definidor e indicativo que a questão da adoção deve sempre ser vista no bojo dos direitos humanos.

Colaboradores

Espindola SP (0000-0001-8271-7889)* contribuiu substancialmente para concepção, delineamento do estudo, aquisição, análise e interpretação dos dados do trabalho; elaboração de versões preliminares do artigo e revisão crítica de importante conteúdo intelectual; aprovação final da versão a ser publicada;

concordou em ser responsável por todos os aspectos do trabalho, no sentido de garantir que as questões relacionadas à exatidão ou à integridade de qualquer parte da obra sejam devidamente investigadas e resolvidas. Viana MB (0000-0001-9411-2086)* e Oliveira MHB

(0000-0002-1078-4502)* participaram substancialmente da concepção, planejamento, análise e interpretação dos dados; participaram na revisão crítica do conteúdo e na aprovação da versão final do manuscrito. ■

Referências

1. Passeti E. Crianças Carentes e Políticas Públicas. In: Priore MD, organizadora. História das Crianças no Brasil. 7. ed. São Paulo: Contexto; 2006. p. 347-375.
2. Cuneo M. Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento – a institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam. In: Módulo Criança e Adolescente. 3º Censo da População Infanto-juvenil Abrigada no Estado do Rio de Janeiro [internet]. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; 2009. [acesso em 2019 fev 26]. Disponível em: <http://mca.mp.rj.gov.br/censos/3o-censo/>.
3. Ariès P. História social da criança e da família. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC; 2017.
4. Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente, e dá outras providências. Diário Oficial da União. 16 Jul 1990.
5. Brasil. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Diário Oficial da União. 4 Ago 2009.
6. Brasil. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Diário Oficial da União. 23 Nov 2017.
7. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção [base de dados] [internet] Brasília, DF: CNJ; [data desconhecida]. [acesso em 2018 dez 31]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>.
8. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 54, de 29 de abril de 2008. Dispõe sobre a implantação e o funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção. Diário Oficial da União. 1 Dez 2009.
9. Brasil. Projeto de Lei do Senado nº 394, de 2017. Dispõe sobre o Estatuto da Adoção de Criança ou Adolescente. Diário do Senado Federal. 19 Out 2017.
10. Brasil. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

- ro. Módulo Criança e Adolescente [base de dados]. [internet]. Rio de Janeiro: MPRJ; [data desconhecida]. [acesso em 2019 fev 26]. Disponível em: <http://mca.mp.rj.gov.br>.
11. Melo F. A história da história do menor no Brasil. Rio de Janeiro: Estabelecimentos Gráficos Borsoi S.A. Indústria e Comércio; 1986.
 12. Brasil. Decreto nº 5083, de 1º de dezembro de 1926. Institui o Código de Menores. Diário Oficial da União. 4 Dez 1926.
 13. Brasil. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção aos menores. Diário Oficial da União. 31 Dez 1927.
 14. Brasil. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Diário Oficial da União. 11 Out 1979.
 15. Amin A. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: Maciel K, coordenadora. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva; 2013.
 16. Brasil. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.
 17. Brasil. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União. 21 de Nov 1990.
 18. Venâncio R. Famílias abandonadas: assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – séculos XVIII e XIX. Campinas: Papyrus; 1999.
 19. Brasil. Ministério do Desenvolvimento Social. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. [internet] Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social; 2016. [acesso em 2019 fev 26]. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf.
 20. Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. 11 Jan 2002.
 21. Brasil. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. 22º Censo do Módulo Criança e Adolescente. [base de dados] [internet]. Rio de Janeiro: MPRJ; [data desconhecida]. [acesso em 2019 fev 26]. Disponível em: <http://mca.mp.rj.gov.br/22o-censo/>.
 22. Brasil. Lei Estadual nº 3.499, de 8 de dezembro de 2000. Cria o Programa “Um Lar para Mim”, institui o auxílio-adoção para o servidor público estadual que acolher criança ou adolescente órfão ou abandonado, e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro. 12 Nov 2000.
 23. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Adote Um Vencedor [internet]. [Rio de Janeiro]: TJRJ; [data desconhecida]. [acesso em 2019 jul 1]. Disponível em: <http://adoteumvencedor.com.br/>.
 24. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Adote Um Boa Noite [internet]. São Paulo: TJSP; [data desconhecida]. [acesso em 2019 fev 26]. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/AdoteUmBoaNoite>.
 25. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Esperando por Você [internet] Espírito Santo. TJES; [data desconhecida]. [acesso em 2019 fev 26]. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/esperandoporvoce/>.
 26. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Deixe o Amor te Surpreender. TJRS; [data desconhecida]. [acesso em 2019 fev 26]. Disponível em: <http://tjrs.jus.br/site//imprensa/noticias/?print=true&idNoticia=454055>.
 27. Brasil. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Quero Uma Família. [internet]. Rio de Janeiro: MPRJ; [data desconhecida]. [acesso em 2019 fev 26]. Disponível em: <http://queroumafamilia.mpj.mp.br/>. Acesso em 26 fev. 2019.
 28. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 54, de 29 de abril de 2008. Dispõe sobre a implanta-

- ção e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências. Diário de Justiça Eletrônico. 15 Ago 2019.
29. Brasil. Lei nº 12.288 de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Diário Oficial da União. 21 Jul 2010.
30. Werneck J. Racismo institucional e saúde da população negra. Saúde Soc [internet]. 2016 [acesso em 2019 fev 26]; 25(3):535-549. Disponível em: <http://doi.org/10.1590/S0104-129020162610>.
31. Pires T. Criminalização do racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos [tese]. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; 2013. 323 p.
32. Norwood K. If you is white, you's alright...: stories about colorism in America. Wash. U. Global Stud. L. Rev. [internet]. 2015 [acesso em 2019 abr 2]; 14(4):585-607. Disponível em: http://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol14/iss4/8.

Recebido em 11/08/2019
Aprovado em 15/10/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

A judicialização da saúde: uma atuação da magistratura na sinalização da necessidade de desenvolvimento e de implementação de políticas públicas na área da saúde

The judicialization of health: the role of the judiciary branch in signalling the need for development and implementation of public health policies

Soraya Pina Bastos¹, Aldo Pacheco Ferreira²

DOI: 10.1590/0103-11042019S405

RESUMO O presente trabalho teve o propósito de analisar os limites e as possibilidades de atuação da magistratura na sinalização da necessidade de desenvolvimento e de implementação de políticas públicas em demandas judiciais envolvendo o tema saúde. Sob uma perspectiva sociológica e funcional, é apresentada a atuação da magistratura, afinando-se a pesquisa para indicar a representatividade das sentenças na 1ª Vara da Comarca de Valença e, ao fim, analisar o perfil do sujeito de direito que demanda a tutela jurisdicional. Busca-se, com isso, a construção de parâmetros para análise de dados e indicadores que poderão ser disponibilizados como um ferramental de atuação dos órgãos gestores da saúde e usuários do sistema, além de apresentar pontos de melhoria no sistema do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Assim, o escopo é trabalhar o direito à saúde como exemplo de direito fundamental, sob a perspectiva dos direitos humanos e, analisando o município de Valença e a judicialização da saúde que nele ocorre, buscar entender e sugerir mecanismos para a redução das desigualdades sociais e vulnerabilidade dos grupos humanos, por meio da prestação de serviços/tratamento na rede pública de saúde que atendam aos princípios da igualdade e universalidade.

PALAVRAS-CHAVE Direitos humanos. Judicialização da saúde. Política pública. Direito à saúde. Saúde pública.

ABSTRACT *The present work had the purpose to analyze the limits and possibilities of the magistrate's performance in signaling the need for development and implementation of public health policies in lawsuits involving the health theme. From a sociological and functional perspective, it presents the performance of the magistracy, refining the research to indicate the representativeness of sentences in the 1st District Court of Valença, and, finally, to analyze the profile of the legal subjects that demand judicial protection. It aims, with that, to construct parameters for data analysis and indicators that can be made available as a tool for action by health management institutions and users of the system as a whole, as well as to present improvements in the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro. Therefore, the scope is to work the right to health as an example of a fundamental right, from the perspective of human rights and, analyzing the municipality of Valença and the judicialization of health that occurs in it, seek to understand and suggest mechanisms for reducing social inequalities and vulnerability of human groups through the provision of services/treatment in the public health network that meet the principles of equality and universality.*

KEYWORDS *Human rights. Health's judicialization. Public policy. Right to health. Public health.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil. soraya134@hotmail.com

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

A sociedade brasileira tem vivenciado os mais acalorados debates sobre a atuação do Poder Judiciário no processo chamado de judicialização da tutela da saúde. Questões envolvendo a medicalização, internações e implementação de projetos na área da saúde pelo Poder Executivo, embora apresentem um *quid* de políticas, foram lançadas, em alguma medida, à apreciação do Poder Judiciário.

Em situações como essas, o magistrado se depara com questões que exigem não só conhecimentos muito técnicos da seara jurídica como também a ponderação de interesses, análise de direitos fundamentais e do orçamento público e, em última análise, a própria justiça da decisão, mormente em se considerado o aspecto macro do *decisum* e seus efeitos sobre aqueles que não ingressaram no Judiciário, mas que aguardam na fila para atendimento.

Nesse sentido, a discussão, mais do que afeta à análise das ciências políticas, ganha também contornos de fundo ético e moral deveras intensos, demandando do magistrado reflexão crítica e uma compreensão real das moléstias discutidas, do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS)¹ e sua consolidação. Isso porque, a partir da decisão judicial, há um reflexo direto na promoção da saúde da população e na salvaguarda dos direitos fundamentais relacionados com a saúde (direitos humanos), proporcionando redução das desigualdades sociais e vulnerabilidade dos grupos humanos (por exemplo, criança, adolescente, idoso, pessoas com deficiência).

Nessa toada, vale frisar que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)², à luz dos ideais da Reforma Sanitária, estabeleceu um sistema de saúde de amplo atendimento à população. Conforme seu art. 196, a saúde é consagrada como um direito de todos e dever do Estado, de acesso universal e igualitário.

A partir da promulgação da atual Carta Política, portanto, o País rompeu com a pretérita interligação entre seu sistema de saúde e a previdência social, uma vez que, antes, era

necessário, como regra, um vínculo empregatício formal para acesso ao atendimento. Com efeito, a instituição de um sistema de saúde universal e igualitário, de viés retributivista, origina um direito subjetivo público da população, que deve ser atendido por meio de políticas públicas e econômicas, direcionados à sua promoção, proteção e recuperação.

No contexto democrático contemporâneo, o fenômeno da judicialização da saúde expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais³. O fenômeno envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos.

Além disso, o SUS, não obstante seja organizado a partir de fluxos participativos de todos os entes da federação, não cria responsabilidades estanques e exclusivas, de modo que, a partir do princípio da solidariedade, todas as esferas do Poder Público (União, estados, Distrito Federal e municípios) podem ser demandadas em questões afetas à saúde, consoante jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Desse modo, a omissão da administração pública na organização de um eficiente sistema de saúde, por conseguinte, pode ser colmatada pelo Judiciário, na medida em que a Constituição não se consubstancia em uma mera carta de intenções.

Dessa forma, diante da proeminente gama de direitos sociais assegurados na Constituição de 1988², incluindo-se, no que aqui nos interessa, o acesso universal e igualitário à saúde, é por demais previsível que a judicialização seja um fenômeno assaz corriqueiro, tendo em vista tantos reclamos, como a insuficiência e, até mesmo, a ausência de políticas públicas ofertadas pelos entes estatais ou mesmo o embaraço na sua gestão.

Este artigo, portanto, insere-se em tal debate, sob uma perspectiva crítica à judicialização de políticas públicas, discutindo, fundamentalmente, a representatividade dessas

demandas na Comarca de Valença. Com isso, ciente de que as decisões judiciais impactam a gestão pública, inclusive orçamentária, busca-se despertar o olhar do administrador público para os reclamos mais corriqueiros da população, indicando pontos de ajustes que se verificaram pertinentes.

Metodologia

Trata-se de estudo descritivo exploratório, por meio de estudo de caso, atendo-se a uma abordagem qualitativa de pesquisa⁴ envolvendo o município de Valença (RJ).

Para a produção dos dados, foram utilizados como fontes de evidências documentos oficiais e entrevistas semiestruturadas com membros da gestão municipal (Secretaria de Saúde e Procuradoria do Município de Valença). Portanto, na análise da judicialização da saúde, tomou-se por base o ano calendário regular completo de 2015 até 2018.

Direcionou-se a investigação a partir de três enfoques delimitativos.

O primeiro enfoque tem como amostra as demandas judicializadas nas 1ª e 2ª Varas da Comarca de Valença; e o seu objetivo foi identificar a extensão da propositura de ações judiciais que guardem alguma pertinência com o tema saúde no referido município.

O segundo enfoque tem como amostra as demandas judicializadas na 1ª Vara da Comarca de Valença; e seu objetivo foi revelar a quantidade de decisões e sentenças proferidas no período, identificando quantas se relacionaram ao tema saúde no município de referência, identificando o volume de trabalho que a demanda de saúde representa para o magistrado.

O terceiro enfoque apresenta o perfil dos sujeitos de direito que ajuizaram ações distribuídas à 1ª Vara da Comarca de Valença para ver seu direito à saúde tutelado e as peculiaridades de casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Desse modo, pela análise da classe e assunto pelo qual os processos foram cadastrados na

Comarca de Valença no período de 2015 a 2018, fez-se possível quantificar as ações na seara da saúde, que foram objeto desta pesquisa. Semelhantemente, fez-se possível a obtenção dos números dos processos para consulta processual, via geração de relatórios analíticos.

Não foram levados em consideração os pleitos na seara da saúde formulados contra planos e seguros saúde, uma vez que, ao final, o que se deseja é aferir a demanda pública, e não a demanda privada de saúde. Também não foram considerados eventuais demandas coletivas, porquanto se pretende verificar o perfil individual do demandante.

A presente pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp)/Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), obedecendo à Resolução CNS (Conselho Nacional de Saúde) nº 510/2016.

Por derradeiro, cingiu-se o trabalho à formulação de sugestões no âmbito dos meandros do Judiciário, com o desiderato de melhorar a tramitação dos feitos referentes à saúde.

Resultados e discussões

Características do sítio de estudo - município de Valença

O município de Valença localiza-se na Mesorregião Sul Fluminense do estado do Rio de Janeiro. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁵, Valença possui uma extensão territorial de 1.300,767 km² e, portanto, é o 2º maior município do estado do Rio de Janeiro, com um quantitativo populacional de aproximadamente 76.163 pessoas no ano de 2018. Após censo demográfico, o IBGE ainda informa, com dados de 2010, que a densidade demográfica do município estava em 55,06 hab./km².

Considerando o indicador denominado de Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) – indicador responsável

por aferir a longevidade, educação e renda de cada Município – a Valença foi atribuída o índice de 0,738 no ano de 2010, o que situa o município na faixa denominada de Desenvolvimento Humano Alto, em grande parte pelo fator longevidade. Assim, Valença ocupa a 823ª colocação, empatado com alguns outros municípios de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul^{6,7}.

O município conta com 72,3% de domicílios com esgotamento sanitário adequado, com 47,7% de domicílios urbanos em vias públicas com arborização e com 32,1% de domicílios urbanos em vias públicas com urbanização adequada (presença de bueiro, calçada, pavimentação e meio-fio). Dessa maneira, ao comparar-se com os outros municípios do estado, Valença ostenta a posição 52 de 92, 64 de 92 e 63 de 92 respectivamente. Ademais, quando comparado a outras cidades do Brasil, sua posição é 1.292 de 5.570, 4.212 de 5.570 e 1.111 de 5.570 respectivamente.

Da representatividade das ações iniciais envolvendo o tema saúde na Comarca de Valença

Enquanto a política pública é o instrumento de ação dos governos, a decisão judicial (em sentido amplo, por abarcar as decisões interlocutórias e as sentenças) é o instrumento de atuação do Poder Judiciário, e pode resultar na imposição de obrigações às partes do processo.

As decisões judiciais na seara da saúde, mais especificamente, têm como consequência um impacto político, já que implicam obrigação de prestação pública de saúde que, na maioria das vezes, não está incluída nas políticas públicas já traçadas e são impostas sob pena de multa ou crime de desobediência. Tal interferência pode gerar efeitos sistêmicos para o SUS e para os entes políticos, do que se pode apontar alteração de vagas, realocações orçamentárias, despesas não previstas.

De uma leitura conjunta dos arts. 1º, I; 3º, I e II e 170, todos da CRFB², percebe-se que nossa Constituição baseia-se no que se pode

chamar de Tripé de uma Ordem Econômica Compromissória, que assegura a soberania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, cuja independência nacional não pode se descuidar da proteção aos direitos humanos (art. 4º, I e II da CRFB²), para que se garanta o desenvolvimento da nação com justiça social, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais.

Nossa Carta Magna², porém, data de 1988; e a violação aos direitos humanos, a dificuldade na implementação da justiça social, a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais ainda são problemas que, até os dias atuais, assolam nosso país. Por essa razão, faz-se imperiosa a crítica tecida por Achille Mbembe⁸ ao tratar da soberania.

Partindo do conceito de biopolítica de Foucault⁹, em seu livro ‘Necropolítica’, que trata do domínio da vida sobre o qual o poder estabelece o controle, o autor traz uma reflexão sobre a soberania estatal e o juízo exercido sobre a vida e sobre a morte:

Este ensaio pressupõe que a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder⁹⁽⁶²⁾.

Traz-se à existência uma reflexão: não será a formulação de políticas públicas na área da saúde uma forma de exercício de biopoder sob essa perspectiva dual de vida e de morte?

Se a maior parte da população depende do serviço público de saúde, a toda evidência, parece-nos que a resposta é afirmativa.

Quando, por questões orçamentárias, não se investe em políticas públicas para tratamento de doenças raras, dado uma análise de seu alto custo *versus* a baixa quantidade de pessoas afetadas, está-se dizendo quem deve viver e quem deve morrer.

Quando normalmente as procuradorias dos entes públicos contestam as ações judiciais no âmbito da saúde argumentando a reserva do possível, tem-se claro exemplo de condição de aceitabilidade do fazer morrer.

É bem verdade que os recursos são escassos e que as demandas tendem ao infinito. Todavia, se os reclamos da população são sempre os mesmos e não há alteração para sanção das mazelas que acometem a saúde pública, é evidente o exercício da necropolítica.

Se intencional, então teremos estratégias e práticas sociais legitimadas ante a invisibilidade de certos indivíduos, e a questão passa a ser estrutural, de modo que somente a renovação política e a maior participação popular na gestão da saúde poderão conduzir a soluções satisfatórias.

Se não intencional, por vezes, a sistematização dos problemas pode ser o instrumento faltante para reversão desse quadro, permitindo ao gestor público uma atuação eficiente na saúde. Por essa razão, o presente trabalho debruçou-se em profunda análise sobre as demandas judicializadas na área da saúde na Comarca de Valença, relativamente aos anos de 2015 a 2018.

Para cada serventia (1ª e 2ª Varas da Comarca de Valença), considerou-se, para cada mês dos anos de 2015 a 2018, por assunto, os feitos ajuizados classificados sob a competência de Acidente do Trabalho, Cível e Fazenda Pública que tinham a saúde como temática.

1ª Vara da Comarca de Valença

Na 1ª Vara da Comarca de Valença, por competência: acidente do trabalho, cível e Fazenda Pública e por assunto, no ano de 2015, 10,42% dos processos distribuídos guardavam correlação com o tema saúde.

No ano de 2016, essa quantidade sofreu um decréscimo, de modo que, de todas as novas demandas judicializadas, 9,34% eram relativas à saúde.

Em 2017, esse percentual apontou um incremento, passando a judicialização da saúde a representar 14,80% dos novos tombamentos na 1ª Vara.

Em 2018, a judicialização da saúde atingiu o total de 12,42% de toda a distribuição da 1ª Vara da Comarca de Valença.

2ª Vara da Comarca de Valença

Na 2ª Vara da Comarca de Valença, por competência: acidente do trabalho, cível e Fazenda Pública e por assunto, no ano de 2015, 10,36% dos processos distribuídos guardavam correlação com o tema saúde.

No ano de 2016, para a mesma referência de competência, essa quantidade sofreu um decréscimo, de modo que, de todas as novas demandas judicializadas, 8,49% eram relativas à saúde.

Em 2017, esse percentual apontou um incremento, passando a judicialização da saúde a representar 15,06% das novas demandas.

Em 2018, a judicialização da saúde atingiu o total de 14,44% de toda a distribuição da 2ª Vara da Comarca de Valença.

Da representatividade das decisões e sentenças envolvendo o tema saúde na 1ª Vara da Comarca de Valença

Neste tópico, lastreado nas competências e nos assuntos anteriormente considerados, traz-se à baila a relevância do tema saúde dentro do atuar jurisdicional da 1ª Vara da Comarca de Valença.

Para a referida análise, buscou-se no Sistema de Distribuição e Controle de Processos (DCP) o documento denominado 'Boletim Estatístico do Juiz'. Este documento traduz-se em uma consulta mais refinada, na medida em que permite identificar a numeração do processo, bem como se em relação a ele, naquele mês, foram proferidas decisões ou sentenças e sua natureza.

Frise-se que, em 19 de julho de 2016, foi criada a Central de Dívida Ativa pelo Provimento CGJ (Corregedoria Geral de Justiça) nº 59/2016, segregando a matéria correlata para uma serventia própria: a Central de Dívida Ativa.

Assim, para que houvesse simetria entre os dados considerados para os anos de 2015 a 2017 e para que não houvesse distorções no

impacto da matéria ‘saúde’ ao longo dos anos analisados – pois que, quanto maior o número de provimentos jurisdicionais estranhos ao tema saúde, menor a sua proporção percentual no todo –, expurgamos do quantitativo total de despachos e de conclusões nos feitos

relativos à dívida ativa municipal, estadual e federal. Assim, para os anos de 2015 a 2017, percebe-se a seguinte representatividade da saúde nos provimentos jurisdicionais (decisões e sentenças), conforme denota o *quadro 1*.

Quadro 1. Planilha com a representatividade dos atos jurisdicionais, Valença, Rio de Janeiro, 2015-2017

Ano/Mês	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Maió	Junho	Julho	Agosto	Setembro	Outubro	Novembro	Dezembro	Média
Decisões													
2015	13,725%	18,605%	18,491%	27,317%	20,896%	8,000%	19,278%	11,278%	12,687%	14,884%	10,920%	18,627%	16,217%
2016	10,945%	13,125%	16,892%	10,435%	14,198%	12,717%	11,399%	14,063%	15,842%	5,109%	10,407%	7,874%	11,917%
2017	23,308%	11,200%	14,851%	11,429%	17,814%	13,393%	19,333%	22,105%	23,770%	29,144%	16,814%	29,108%	19,356%
Sentenças de mérito													
2015	0,000%	1,266%	6,207%	5,357%	5,882%	9,091%	9,375%	9,375%	1,869%	4,673%	3,883%	10,448%	5,619%
2016	13,846%	10,345%	10,526%	13,542%	6,897%	6,604%	9,375%	11,864%	6,316%	6,818%	8,434%	5,660%	9,186%
2017	11,429%	2,985%	9,859%	15,942%	10,145%	4,301%	8,333%	12,500%	16,190%	4,902%	8,434%	4,225%	9,104%
Sentenças sem mérito													
2015	0,000%	0,000%	0,690%	0,000%	0,980%	0,000%	0,000%	3,125%	0,935%	0,935%	0,000%	2,986%	0,804%
2016	0,000%	0,000%	0,000%	0,000%	1,149%	1,887%	3,125%	10,169%	1,053%	0,000%	1,205%	0,000%	1,549%
2017	1,429%	1,493%	4,225%	1,449%	2,899%	1,075%	0,000%	1,923%	0,952%	2,941%	3,614%	4,225%	2,185%
Total de atos excluídos os despachos													
2015	13,725%	19,871%	25,388%	32,674%	27,758%	17,091%	28,548%	23,778%	15,491%	20,492%	14,803%	32,060%	22,640%
2016	24,791%	23,470%	27,418%	23,977%	22,244%	21,208%	23,299%	36,096%	23,211%	11,927%	20,046%	13,534%	22,652%
2017	36,166%	15,678%	28,935%	28,820%	30,858%	18,769%	27,666%	36,528%	40,912%	36,987%	28,862%	37,558%	30,645%

Verificou-se, portanto, um incremento de atos jurisdicionais em temas afetos à saúde ao longo desses três anos.

Outrossim, considerando a urgência que normalmente as demandas de saúde impõem, a proporção de atos jurisdicionais praticados é muito maior do que a distribuição de processos correlatos. São muitas as conclusões, sendo comum o magistrado debruçar-se sobre o mesmo processo mais de uma vez no mês. Não se pode deixar de destacar que referidas demandas fazem girar a máquina judicial em uma proporção mais do que duplicada.

Da análise dos sujeitos de direito e dos casos concretos propostos

Processos não são amontoados de papel ou de dados eletronicamente armazenados. Ao contrário, cada processo narra uma história. Por isso, analisamos os processos distribuídos na 1ª Vara da Comarca de Valença no período de 2015 a 2018, para entender a vocalização das demandas de saúde contadas pela própria população, por meio das petições iniciais.

Analisando o Acervo Geral do Cartório em 2018, os esforços se concentraram na identificação não só do perfil do demandante,

mas também da marcha processual, além da indicação do sujeito passivo, a fim de analisar eventuais inconsistências na classificação de demandas que, por serem veiculadas em face de entidades com personalidade jurídica de direito público, foram lançadas na competência Cível, quando o correto seria Fazenda Pública.

Destaque-se que o delineamento do perfil dos demandantes dos processos judiciais não se baseou em um sujeito de conhecimento dado definitivamente, e, sim, a partir de uma matriz foucaultiana, isto é, considerando

a constituição histórica de um sujeito de conhecimento através de um discurso tomado como um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais¹⁰⁽²³⁾.

Se, como vimos, as demandas (assuntos) no Poder Judiciário se repetem, esse referencial teórico nos ajuda a compreender as relações de luta e de poder, que, como também parafraseando a obra de Mbembe⁸ citada anteriormente, permeiam as questões inerentes à judicialização da saúde.

Segundo Foucault¹⁰, as relações de força, as condições econômicas, as relações sociais não são dadas previamente ao indivíduo, mas são fatores que o fundam, que constituem o sujeito de conhecimento de dado período histórico, forjados a partir de relações de força e de relações políticas na sociedade.

Assim, fatores como idade e sexo são relevantes para definição do processo saúde-doença. Todavia, também são importantes fatores externos, como, por exemplo, renda e local de moradia que, em última análise, decorrem do direcionamento político dado a questões relevantes como educação – que, mais à frente, na vida do indivíduo, desvela-se na inserção no mercado de trabalho –, saneamento, existência de postos de saúde, hospitais, médicos da família na localidade.

Nesse sentido, como bem destaca Foucault¹⁰:

O que pretendo mostrar nestas conferências é como, de fato, as condições políticas,

econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade¹⁰⁽⁴⁷⁾.

Essa decomposição das ações distribuídas em suas múltiplas peculiaridades permite afirmar que qualquer totalidade é feita de heterogeneidade, e as partes que a compõem revelam no processo um pouco da sua condição de vida.

Nessa esteira, portanto, é que a construção do saber materializada neste trabalho tomou por base não um sujeito abstratamente considerado como autor, como demandante em um processo judicial, mas considerou o sujeito de direito, individualizado por diversas circunstâncias, dentre as quais, selecionamos: idade, sexo, renda e domicílio, porquanto são informações constantes da exordial.

Para além disso, a imensa diversidade de experiências sociais revelada por esta análise, caso a caso da judicialização da saúde, permite-nos identificar um perfil dos indivíduos que, insatisfeitos com o serviço de saúde prestado, demandam no Poder Judiciário.

Nesse aspecto, relativamente às razões pelas quais os usuários do serviço público de saúde demandam o Judiciário, é mister fazer uma incursão pelos conceitos de sociologia das ausências e sociologia das emergências – ambos tratados por Boaventura de Souza Santos¹¹.

Destaca Boaventura¹¹ que há produção de não existência sempre que uma entidade é desqualificada e tornada invisível, ininteligível ou descartável de um modo irreversível. A consequência de identificar essas ausências e torná-las presentes é evitar o desperdício da experiência e considerar tais ausências alternativas às experiências hegemônicas, de modo que possam ter sua credibilidade discutida, argumentada e que possam ser objeto de disputa política.

Segundo o autor, um dos modos de produção da não existência é a Lógica da Classificação Social, segundo a qual há uma monocultura da naturalização das diferenças, que distribui a população por categorias que naturalizam hierarquias.

Por isso a importância da investigação caso a caso, para trazer à existência carências até então subdimensionadas, demandas cuja vocalização só se fizeram ouvir depois da judicialização.

Após um detalhamento das demandas judiciais, este estudo conseguiu identificar que a judicialização da saúde no município de Valença afeta indivíduos homens e mulheres, em uma mesma proporção, não havendo grupo mais prejudicado.

Verificou-se que inúmeros bairros do município foram representados nessa judicialização da saúde: Água Fria, Alicácio, Aparecida, Bairro de Fátima, Barão de Juparanã, Barroso, Benfica, Belo Horizonte, Biquinha, Canteiro, Cambota, Carambita, Centro, Chacrinha, Conservatória, Cruzeiro, Hidelbrando Lopes, Jardim Novo Horizonte, Jardim Valença, João Bonito, João Dias, Laranjeiras, Monte Belo, Monte D'Ouro, Osório, Parapeúna, Parque Pentagna, Pentagna, Ponte Funda, Quirino, Santa Cruz, Santa Inácia, Santa Isabel do Rio Preto, Santa Luzia, São Francisco, São José das Palmeiras, Santa Rosa, Santa Terezinha, Serra da Glória, Spalla II, Torres Home, Vale Verde, Varginha.

Conseguiu-se identificar, nesse tanto, que as rendas dos demandantes, em sua vasta maioria, não ultrapassam o salário-mínimo. Aliás, em alguns casos, o ganho dessas pessoas não representa sequer um salário-mínimo. Ademais, aqui cabe um alerta: na medida em que o salário-mínimo é considerado como o montante mínimo para a subsistência, muitos dos demandantes não auferem renda necessária para lhes garantir o mínimo existencial.

Não fosse isso o bastante, há muitos casos de pessoas desempregadas e outras tantas que se intitulam autônomos porque realizam 'bicos' de pedreiro, vendedor, faxineira etc., não possuindo renda fixa.

Houve casos em que a renda variava de R\$ 1.000,00 a R\$ 1.935,13. Menos de 10 demandantes ultrapassavam renda de R\$ 2.000,00.

Assim, segundo a ideia da nova questão social desenvolvida por Patorini¹², verifica-se a pauperização de classes que, até então, gozavam de melhores condições sociais. Cada vez mais, percebemos o aumento da judicialização da saúde pela até então classe média.

Entre os motivos predominantes da propositura das ações, os autores, em relação aos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, reclamavam das perícias administrativas realizadas pelos médicos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). No que toca ao Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica de Assistência Social (BPC/Loas), o problema residia na utilização, sem análise do caso concreto, do fator um quarto da renda familiar como requisito de exclusão do benefício. Nas hipóteses de demanda por medicamento, exames e cirurgia e internação hospitalar, os maiores reclamos representavam desinformação da população e resistência administrativa.

A superação dessa lógica de não existência é o que Boaventura chama de Ecologia dos Reconhecimentos, propondo uma nova articulação entre os princípios da igualdade e da diferença.

Segundo o autor, "A realidade não pode ser reduzida ao que existe"¹⁰⁽¹⁴⁾. De fato, é por isso que este artigo pretende revelar o que, porventura, encontrava-se silenciado ou não visto, em atitude contrária à supressão e à marginalização. Amplia-se o campo das experiências sociais já disponíveis.

Verificado o perfil do sujeito de direito demandante, passamos a destacar as peculiaridades dos casos concretos analisados, principalmente os que geraram maiores incertezas.

Identificou-se que alguns processos, especialmente com assuntos 'erro médico', 'medicamentos - outros' foram inadequadamente classificados na competência Cível quando o correto seria enquadrá-los na competência fazendária, normalmente por possuírem

entidade da administração direta no polo passivo da demanda.

Na mesma linha, os feitos em andamento classificados como Aposentadoria Especial arts. 57/58 – Benefícios em Espécie, sob a competência de Fazenda Pública, eram todos relativos à aposentadoria por tempo de contribuição e, portanto, fora do recorte temático, por não representarem discussão sobre eventuais problemas à saúde do demandante.

Muitos dos processos classificados como Aposentadoria por Invalidez Acidentária/Benefícios em Espécie tratavam, em verdade, de auxílio-doença e estavam, portanto, com classificação incorreta.

Também os feitos classificados como Benefício assistencial – Benefícios em Espécies, sob a competência cível, em que pese o fato de terem o INSS no polo passivo da demanda, nem sempre diziam respeito a problemas de saúde do autor. Alguns feitos tratavam de concessão de auxílio reclusão.

Verificamos que os feitos em andamento cujo assunto era ‘assistência social’, por vezes, não tratavam do tema saúde e, em outras, guardavam correlação com amparo à pessoa com deficiência, como no caso de demandante com Transtorno do Espectro Autista (TEA), que necessitava de acompanhamento multidisciplinar (fonoaudiólogo e terapia ocupacional) por tempo indeterminado, bem como de medicamentos de uso contínuo.

Em compensação, todos os processos em tramitação classificados como ‘fornecimento de insumos – outros’ envolviam prestações para a saúde dos demandantes, como: fornecimento de aparelho auditivo e fornecimento de cilindro de ar.

Feito isso, analisamos as contestações dos entes públicos. Como os casos costumam se repetir, percebemos que as peças de bloqueio também seguem um modelo mais ou menos previamente estruturado.

No entanto, para o fim de esclarecer a problemática da adoção de um sistema de resposta em massa, podemos trazer a lume o Recurso Extraordinário (RE) 631240/MG.

Sobre a análise das condições da ação, cujo não preenchimento conduz a uma sentença de extinção sem mérito, destaca-se o voto:

A ‘necessidade’, por fim, consiste na demonstração de que a atuação do Estado-Juiz é imprescindível para a satisfação da pretensão do autor. Nessa linha, uma pessoa que necessite de um medicamento não tem ‘interesse’ em propor ação caso ele seja distribuído gratuitamente¹³.

Ocorre que, normalmente, as contestações formuladas pelas Procuradorias do Município e do Estado – nesse caso quando há litisconsórcio passivo – não são acompanhadas dessa informação – o que acaba ocasionando um decreto condenatório de concessão do medicamento e condenação nos ônus da sucumbência.

Outrossim, verificou-se que, apesar de todos os feitos estarem tramitando de forma regular, uma jurisdição mais célere poderia ser entregue ao demandante se não fosse a extrema carência de peritos médicos especializados que atendam o interior do estado do Rio de Janeiro.

Muitos peritos declinam da realização do serviço sob o argumento da dificuldade de se deslocarem para o interior ou de que se encontram com muita sobrecarga de trabalho (não se podendo afirmar se é dado o trabalho normalmente já desenvolvido, dado o trabalho pericial realizado em outros feitos ou dada à baixa atratividade remuneratória).

É bem verdade que, em muitos desses processos, o autor goza do benefício da gratuidade de justiça, assim, o pagamento feito ao perito acaba sendo subsidiado com recursos do Tribunal (TJ ou Tribunal Regional Federal – TRF). Acreditamos que a baixa remuneração não seja um atrativo para os médicos peritos aceitarem o respectivo *munus*. Seja como for, tal situação ocasiona diversas (re)nomeações ao longo do feito – o que implica inevitável demora no julgamento final do processo.

Considerações finais

Sob a perspectiva internacional, o direito à saúde é um dos direitos humanos; e, no âmbito interno, pode-se afirmar ser um direito fundamental, porquanto materializado na Constituição. É classificado como direito de segunda dimensão, dada a sua natureza prestacional, e de tamanha relevância, que a proteção constitucional se espalha também pela ordem infraconstitucional.

A saúde é um serviço público, na medida em que concretiza prestações expressas em utilidades ou comodidades materiais postas à disposição da população, pela administração pública em sentido subjetivo ou por particulares delegatários, sob regime de direito público.

Interessou-nos a saúde prestada pelos entes políticos (entidades da administração direta: União, estados, Distrito Federal e municípios) de forma centralizada, por seus órgãos, em razão do fenômeno da desconcentração ou de forma descentralizada pelas entidades da administração indireta, notadamente autarquias e fundações públicas.

Aprofundamos o estudo tomando por base o município de Valença e consideramos que a judicialização da saúde, isto é, a propositura de ações judiciais envolvendo essa temática seria um excelente indicador, não só para avaliar esse serviço público, mas também para identificar carências ou a inexistência de políticas públicas de saúde que atendam aos reclamos mais constantes da população.

Semelhantemente, contatamos por ofício, *e-mails* e telefones diversos órgãos da administração pública municipal, como a Secretaria de Saúde, a Procuradoria do Município, a Secretaria de Administração e a Secretaria de Serviços Públicos. Além disso, apesar de termos deixado sempre claro o objetivo da pesquisa e nossa intenção de contribuir para a melhora da saúde local, em todos os casos, ou demoramos meses até a obtenção de uma resposta, ou nem sequer a obtivemos.

Percebemos uma difícil interlocução entre as Secretarias e mesmo entre tais órgãos e a

Procuradoria, o que precisa ser imediatamente revisto para que haja um intercâmbio eficiente de informações entre os setores, de modo a impulsionar os comandos e os procedimentos que precisam ser concretizados.

Para além disso, dentro dos próprios órgãos, muitas informações, supostamente, estavam retidas com uma só pessoa. Dessa feita, quando, por qualquer razão, essa pessoa não se encontrava (por motivo de férias, licença ou qualquer outra questão pessoal), nenhum outro agente do mesmo setor se sentia habilitado para responder às indagações formuladas ou consultar os dados em seus sistemas, por mais básicos que fossem. Citamos como exemplo a enumeração da quantidade e nome dos bairros componentes do município de Valença, com a indicação de quais pertenceriam à zona urbana e quais pertenceriam à zona rural.

Isso evidencia uma gritante e indevida concentração de dados e consequente interrupção na continuidade da prestação da atividade administrativa. Em atenção ao art. 37, *caput* da CRFB e do art. 2º da Lei nº 9.784/99, é necessário que todos os agentes públicos saibam consultar suas bases de dados e que seja de todos o conhecimento sobre rotinas, procedimentos e atividades desenvolvidas pelo setor em que trabalham. Outrossim, o telefone disponibilizado para o público deve funcionar e ser atendido sempre dentro do horário de expediente.

O elevado índice de ações previdenciárias narrando o adoecimento da população é um relevante fator a ser considerado, principalmente porque esses indivíduos não só deixam de produzir e fazer circular riqueza no município, mas consomem recursos da previdência.

Além disso, a pesquisa observou o equívoco no cadastramento dos feitos, no que toca ao correto enquadramento da competência; a falta de maior detalhamento da nomenclatura do objeto da demanda e a não indicação, no relatório 'Estatística de Processos Distribuídos por Competência/Assunto', da numeração atribuída ao processo após a distribuição.

Tais fatos geram no observador (pesquisador

e usuário do sistema) dúvida razoável sobre a natureza dos assuntos lançados aos processos, e a ausência de numeração obstaculiza a consulta do feito pelo número, a fim de descobrir sua real natureza.

Para além disso, enquanto a 1ª e a 2ª Varas da Comarca comungam da mesma competência, a incorreta classificação da competência dos feitos distribuídos não repercute na condução dos processos, na medida em que a urgência não é aferida já no começo pelo processante quando da distribuição da nova ação e análise do assunto.

Todavia, a busca da eficiência no tratamento das demandas judiciais caminha na esteira da especialização das serventias judiciais, o que pode acarretar a divisão de algumas matérias para a 1ª Vara e outras para a 2ª Vara da Comarca. Se isso ocorrer, a classificação de um feito como Cível, quando deveria ser Fazenda Pública ou vice-versa, pode acarretar a distribuição para uma das varas sem competência para seu processamento. Tal fato implicará uma decisão de declínio de competência para a serventia judicial adequada, alongando um pouco mais o curso da demanda.

Outrossim, com o progresso do uso da informatização, no sentido de transformar em eletrônico o acervo das serventias, em Valença, desde maio de 2016, as distribuições, salvo de feitos criminais, passaram a ser feitas eletronicamente pelos advogados, Ministério Público e defensores públicos, que passaram também a classificar os processos segundo seu assunto e competência. Com isso, houve um incremento de demandas incorreta ou genericamente classificadas, o que pode ser um óbice à pesquisa e ao desenvolvimento de ferramentas de gestão e controle do acervo da serventia.

Dessa maneira, acreditamos que a elaboração de cartilhas em uma atuação conjunta entre a Ordem dos Advogados do Brasil/RJ, Ministério Público/RJ, Defensoria Pública/RJ e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pode orientar melhor os usuários do serviço, destacando a importância de um preenchimento consentâneo com as características do processo, além de solver eventuais dúvidas existentes.

Ademais, aponta-se como sugestão de melhoria das ferramentas disponibilizadas no Sistema DCP, que, para efeito de melhor controle e gestão dos processos distribuídos e, principalmente, como medida de transparência, o boletim estatístico denominado de ‘Estatística de Processos Distribuídos por Competência/Assunto’ deveria indicar o número que foi atribuído ao feito com sua distribuição. Tal informação permitiria acessar o conteúdo da petição inicial e expurgar qualquer dúvida sobre o assunto.

Em seguida, revelamos no trabalho a quantidade de decisões interlocutórias e sentenças proferidas no período de 2015 a 2017, apresentando quantas se relacionavam ao tema saúde na 1ª Vara da Comarca de Valença. Dessa análise, concluímos que cada feito distribuído na área da saúde impacta mais que duas vezes na carga de trabalho do magistrado. Isso sem considerar os atos cartorários praticados e os despachos proferidos porque não há como identificar a quantidade por competência e assunto.

Um ponto de melhoria, portanto, seria a criação de ferramenta que também individualizasse os despachos proferidos, por competência, com indicação do número do processo, assunto e tipo do ato praticado, tal como acontece com as decisões e sentenças.

Por fim, identificamos o perfil sociodemográfico dos usuários do Poder Judiciário nas demandas de saúde e perquirimos, após debruçar-nos sobre os processos judiciais em trâmite na 1ª Vara da Comarca de Valença, as dificuldades vivenciadas pelos autores das demandas que os fizeram procurar o Judiciário para tutela de seu direito à saúde.

As demandas são propostas por homens e mulheres em proporção semelhante. Elas envolvem pessoas de classes menos abastada da população, mas já se vê o aumento da demanda judicial pela classe média. Também expusemos as causas mais frequentes de judicialização da saúde. Todos esses dados, portanto, quedam à disposição do administrador para que possa verificar a necessidade de desenvolvimento e implementação de políticas públicas na seara da saúde.

Verificou-se, outrossim, a dificuldade na nomeação de médicos peritos para as Comarcas do interior do Rio de Janeiro, muitas vezes, dada a distância que devem percorrer dos grandes centros urbanos para o interior.

Por isso, é sugerida a confecção de tabelas de pagamentos diferenciadas, considerando as peculiaridades de cada localidade, como acesso, distância e complexidade da perícia, como forma de estimular a aceitação do *munus* por estes profissionais – fato que permitiria a resolução dos processos sem tantos sobrestamentos em razão da procura de médicos que possam atender às nomeações judiciais. Sugerimos também a formação de parcerias com as universidades, de modo a ampliar o espectro de profissionais atuantes nos casos, excepcionando o juízo a nomeação dos que eventualmente sejam médicos do paciente, porquanto aí haveria um impedimento ético à nomeação.

Nessa medida, o que se espera ter despertado com a presente pesquisa é a consciência de que a ‘verdade’ dos processos, as decisões sobre a saúde não devem ser monologicamente construídas. Ao contrário, deve haver uma pragmática intersubjetiva e interinstitucional, sujeita às regras, ao reconhecimento e deveres dos argumentantes, dos agentes envolvidos.

Por conseguinte, se o mapeamento feito no presente estudo puder, em alguma medida, clarear esse horizonte, abrindo caminhos para a identificação de fatores vinculados ao processo

saúde-doença, bem como para a identificação de vicissitudes recorrentes na prestação do serviço público de saúde, para a definição de princípios de ação e reformulação de algumas políticas públicas para que sejam mais consentâneas com os anseios populares (campo das expectativas sociais possíveis); então, estaremos diante da sociologia das emergências.

É dizer: estaremos diante de um futuro de possibilidades plurais e concretas, simultaneamente utópicas e realistas que vão construindo o presente por meio de atividades de cuidado; ou seja, um cuidado do gestor público com sua população, um cuidado do Poder Judiciário com seus jurisdicionados.

Agradecimentos

Gostaríamos de agradecer a todos participantes que propiciaram esta pesquisa.

Colaboradores

Bastos SP (0000-0003-0206-6831)* contribuiu para a realização das pesquisas, análise e interpretação dos dados e elaboração do texto. Ferreira AP (0000-0002-7122-5042)* contribuiu para a concepção, o planejamento, a análise e a interpretação dos dados; revisão crítica do conteúdo; e aprovação da versão final do manuscrito. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Brasil. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. Datasus [internet]. Brasília, DF: Ministério da Saúde; 2019. [acesso em 2018 out 12]. Disponível em: <http://datasus.saude.gov.br/>.
2. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
3. Ventura M, Simas L, Pepe VLE, et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis* (Rio J.). 2010; 20(1):77-100.
4. Minayo MCS, Guerriero ICZ. Reflexividade como éthos da pesquisa qualitativa. *Ciênc. Saúde Colet*. 2014; 19(4):1103-1112.
5. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [internet]. Rio de Janeiro: IBGE; 2019. [acesso em 2017 set 19]. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rj/valenca/panorama>.
6. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil [internet]. Brasil: PNUD; 2019. [acesso em 2017 jul 9]. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/atlas-do-desenvolvimento-humano/atlas-dos-municipios.html>.
7. Brasil. Política Nacional de Desenvolvimento Urbano. Ranking IDHM Municípios 2010 [internet]. Brasília (DF): PNDU; 2019. [acesso em 2019 fev 15]. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idhm-municipios-2010.html>.
8. Mbembe A. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. São Paulo: n-1 edições; 2018.
9. Foucault M. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes; 2008.
10. Foucault M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau; 2005.
11. Santos BS. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Rev Crítica de Ciênc Soc*. 2002; 63:237-80.
12. Patorini A. A categoria “questão social” em debate. In: *Capítulos 1. As mudanças na sociedade contemporânea e a “questão social” e 4 Delimitando a “questão social”: o novo e o que permanece*. São Paulo: Cortez; 2010. p. 25-51 e 100-116.
13. Brasil. Supremo Tribunal Federal [internet]. 2014. [acesso em 2019 set 15]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>

Recebido em 14/08/2019
Aprovado em 31/10/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

Judicialização de medicamentos no Estado do Rio de Janeiro: evolução de 2010 a 2017

Judicialization of medicines in the State of Rio de Janeiro: development from 2010 to 2017

Letícia de Oliveira Peçanha¹, Luciana Simas², Vera Lucia Luiza²

DOI: 10.1590/0103-11042019S406

RESUMO O artigo objetivou descrever a evolução do número de ações judiciais com pedido de fornecimento de medicamentos no estado do Rio de Janeiro. Trata-se de pesquisa descritiva retrospectiva, realizada no banco de dados do Tribunal de Justiça, em que se descreve a evolução do número de ações judiciais no período 2010-2017. Os dados foram analisados segundo as variáveis: Município, Região de Saúde e porte populacional. Das 87 comarcas (em 84 municípios), 62 tiveram aumento nos números de processos. A Comarca da Capital concentrou o maior número de processos tombados, variando de 2.026 a 2.797, com padrão semelhante ao do Estado. Observou-se o maior aumento no número de ações nos municípios de Pequeno Porte I (158,1%) e queda de 10,2% nos municípios de Médio Porte. À exceção da Metrópole, o aumento foi mais pronunciado em 2014-2017 em relação a 2010-2014. Houve marcado aumento de processos no Juizado Especial Fazendário em detrimento das Varas de Fazenda Pública. Conclui-se que a despeito da tendência geral de crescimento, este apresentou tendência diferente em função da Comarca, da Região e do porte populacional dos municípios, sugerindo potencial interferência de atores institucionais. Adicionalmente, constatou-se a migração das demandas para os Juizados Especiais Fazendários na Capital.

PALAVRAS-CHAVE Judicialização da saúde. Preparações farmacêuticas. Assistência farmacêutica.

ABSTRACT This article aimed to describe the evolution of the number of lawsuits requesting medicines in the state of Rio de Janeiro. This is a retrospective descriptive study, using the database of the Court of Justice, which describes the evolution of the number of lawsuits in the period 2010-2017. Data were analyzed according to the variables: Municipality, Health Region, and population size. Of the 87 counties (in 84 municipalities), 62 had an increase in the number of lawsuits. The Capital Judicial District concentrated the largest number of overturned cases, ranging from 2,026 to 2,797, with a similar pattern to the State. The largest increase in the number of lawsuits was observed in the municipalities of the group Small Size I (158.1%) and a decrease of 10.2% in the Medium-sized municipalities. With the exception of the Metropolis, the increase was more pronounced in the period 2014-2017 compared to the 2010-2014. There was a marked increase in lawsuits in the Special Courts of Public Treasury to the detriment of the Lower Public Treasury Courts. In conclusion, despite the general trend of growth, it presented a different trend according to the Judicial District, Region and population size of the municipalities, suggesting potential interference of institutional actors. Additionally, it was observed a migration of cases to Special Courts of Public Treasury in the Capital.

KEYWORDS Health's judicialization. Pharmaceutical preparations. Pharmaceutical services.

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
leticiaemerjfiocruz@gmail.com

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp) - Rio de Janeiro, Brasil.



Introdução

A Constituição Federal consolida a saúde como direito social, de relevância pública inquestionável¹. Como corolário, tem-se a obrigação do poder público de implementar políticas destinadas a, entre outras tarefas, promover e a garantir o acesso às ações e serviços, de forma universal e igualitária, visando à promoção, à proteção e à recuperação da saúde da população.

A forte mobilização, com atuação efetiva dos movimentos sociais, sobretudo os ligados à defesa dos portadores de HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) e Aids (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), vocalizando os interesses das pessoas soropositivas, fez surgir o fenômeno da judicialização das questões de saúde². As demandas judiciais inauguraram, então, essa via de postulação também para atendimento de portadores de outras moléstias, fazendo com que o número de ações envolvendo a saúde venha aumentando de forma preocupante no País³. Muitos cidadãos passaram a buscar o Poder Judiciário para instar os entes públicos ao fornecimento de medicamentos e serviços afins. Esse fenômeno de busca do poder judiciário para atendimento de demandas de saúde é denominado judicialização da saúde e, segundo diferentes autores, vem comprometendo princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), como a integralidade^{4,5}.

Assim, o Poder Judiciário vem sendo um meio utilizado para atender a demandas individuais e coletivas na área de saúde, representando um importante veículo de vocalização, especialmente por hipossuficientes, de suas urgentes e inadiáveis necessidades. Por outro lado, esse cenário impõe desafios ao sistema público, inclusive no que diz respeito à administração e compra, influenciando, ainda, a seleção de medicamentos em detrimento das evidências de eficácia.

No Estado do Rio de Janeiro (ERJ), estudos anteriores já demonstraram sua grande magnitude e impacto nas políticas de saúde^{2,6}. No Rio de Janeiro, diferentes iniciativas,

como respostas ao fenômeno da judicialização, vêm sendo implementadas. A Central de Atendimento a Demandas Judiciais (CADJ), criada em 2007, foi implantada com a finalidade de harmonizar os procedimentos administrativos entre os níveis estadual e municipal, evitando duplicidades e, portanto, reduzindo custos. O Núcleo de Assessoria Técnica (NAT), instituído em 2009, fruto de cooperação técnica firmada entre a Secretaria de Estado de Saúde (SES/RJ) e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), tem como papel principal o fornecimento de subsídios técnicos aos magistrados em processos relacionados com pedidos envolvendo questões de saúde. A Câmara de Resolução de Litígios em Saúde (CRLS), que iniciou operação em setembro de 2013, tem como objetivo permitir que profissionais da SES/RJ e da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro (SMS/RJ) prestem atendimento ao cidadão, encaminhando-o ao local onde poderá obter o bem ou serviço pretendido se ofertado pelo SUS, ou promovendo sua inserção no sistema de justiça caso contrário⁷.

A despeito de uma intensa produção científica sobre a judicialização da assistência farmacêutica, são poucas as abordagens acadêmicas utilizando informações atualizadas do banco de dados do TJ/RJ, a partir da publicação da Lei nº 12.401/2011⁸, que alterou a Lei nº 8.080/90⁹, disciplinando a assistência terapêutica integral. São também escassos os estudos realizados após a instalação da CRLS, do NAT e dos Juizados Especiais Fazendários, estes na Comarca da Capital do ERJ em dezembro de 2010, pela Lei Estadual nº 5.781/2010¹⁰.

Assim, não só a contemporaneidade do período contemplado e a utilização do banco de dados do Tribunal de Justiça como também a análise em um contexto normativo e estrutural diverso daquele até então abordado revelam a importância do estudo ora apresentado.

Nesse cenário, o presente artigo tem como objetivo descrever a evolução do número de ações judiciais com pedido de fornecimento de medicamentos no ERJ.

Metodologia

O presente artigo utilizou dados coletados como parte de um estudo mais amplo¹¹. Trata-se de pesquisa descritiva retrospectiva realizada no banco de dados do TJ/RJ, contemplando a população total do ERJ. Nesta abordagem, descrevemos a evolução do número de ações judiciais propostas em face dos entes públicos (estado e municípios). A unidade de análise foram os processos judiciais tombados, sendo objeto de interesse aqueles com indicação clara de solicitação de fornecimento de medicamentos.

O banco de dados foi extraído em 19 de junho de 2018, sendo utilizados pela Divisão de Coleta e Tratamento de Dados (Dicol) do TJ/RJ os critérios de extração, conforme a Resolução nº 46/2007¹² do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nas competências Fazenda Pública e Juizado Fazendário, gerando um relatório sintético por Comarca, Assunto, Competência processante e ano de distribuição.

Foram selecionados, do rol de possibilidades dos 'Assuntos' ligados à saúde, aqueles potencialmente relacionados com a solicitação de fornecimento de medicamentos: Fornecimento de Medicamentos; Fornecimento de Medicamentos – Desabilitado Deige; Medicamento/Tratamento/Cirurgia de Eficiência não comprovada; Medicamento não Padronizado Pelo SUS; Medicamento Sem Registro na Anvisa; Medicamentos – Outros; Medicamentos e Outros Insumos de Saúde – Juizados Fazendários; Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos, sendo analisada a totalidade dos processos que atendiam a esse critério no período de interesse.

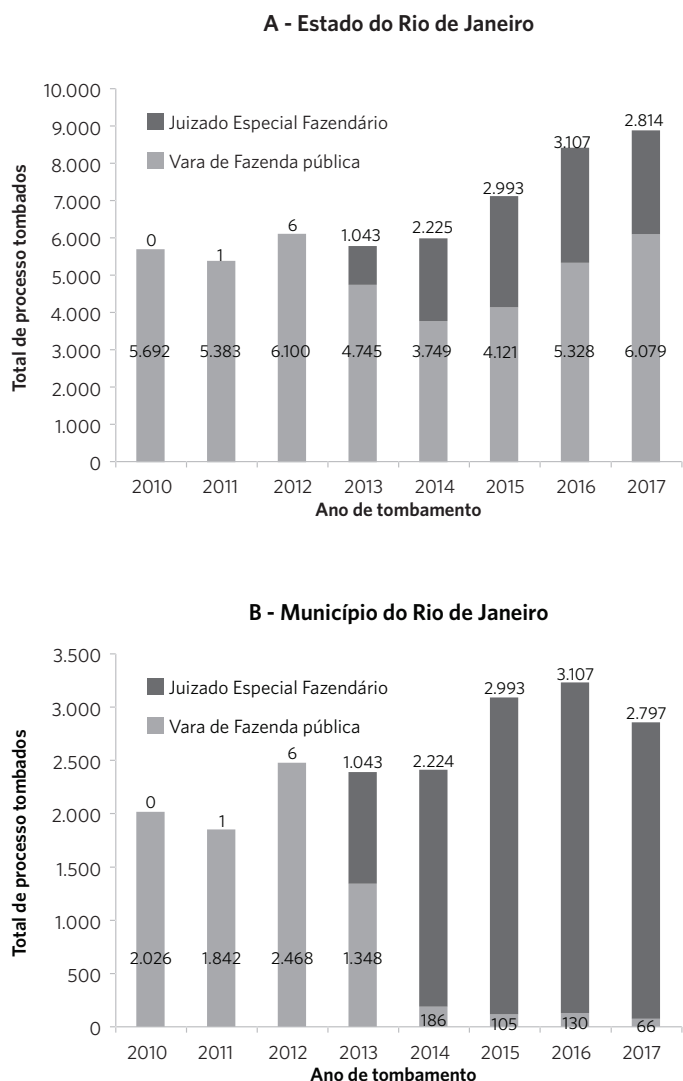
A fim de melhor correlacionar o tema da judicialização com o contexto da administração pública na área de saúde, os dados foram analisados segundo as variáveis: Município, Região de Saúde e porte populacional. Para este último, os Municípios foram classificados em: Pequeno I (até 20.000 habitantes), Pequeno II (20.001 a 50.000 habitantes), Médio (50.001 a 100.000 habitantes), Grande (100.001 a 900.000 habitantes) e Metrôpole (mais de 900.000 habitantes)¹³. Na abordagem temporal, além da análise da variação no período total, em alguns momentos, foram analisados separadamente os períodos 2014 a 2010 e 2017 a 2014, tendo em vista o início da operação plena da CRLS a partir do final de 2013.

Os dados foram considerados de acesso público, tendo sido dispensada a análise pelo Comitê de Ética em Pesquisa.

Resultados

Foram identificados no ERJ 53.386 processos relacionados com o fornecimento de medicamentos distribuídos em face dos entes públicos, sendo 5.692 tombados em 2010; e 8.893, em 2017. Constatou-se crescimento de 56,2% de processos no período total estudado, com razoável estabilidade no período de 2010 a 2014; a partir desse ano até o ano de 2017, foi observado um aumento mais expressivo, respectivamente, 4,9% e 48,9%. A partir de 2013, foram identificados os primeiros processos sobre medicamentos ajuizados no Juizado Especial Fazendário, ganhando proporção crescente (*figura 1-A*).

Figura 1. Distribuições anuais de ações relativas a medicamentos, às Varas de Fazenda Pública e aos Juizados Especiais Fazendários. Estado (A) e Município (B) do Rio de Janeiro. 2010-2017



Fonte: Elaboração própria.

De acordo com a divisão e a organização judiciárias, os órgãos jurisdicionais são distribuídos por Comarcas. Das 87 Comarcas (em 84 municípios), 62 tiveram um aumento da razão dos números de processos ajuizados no período analisado. A Comarca da Capital concentrou o maior número de processos tomados, variando de 2.026 a 2.797 processos de

2010 a 2017, com padrão semelhante ao do ERJ (*figura 1-B*).

Observou-se que, na razão de 2017-2010, houve um aumento em todas as Regiões de Saúde do ERJ (*tabela 1*). Aquela que apresentou maior crescimento foi a Baía da Ilha Grande, e a que teve menor aumento foi a região Noroeste.

Tabela 1. Ações judiciais relacionadas a demandas por medicamentos segundo ano e Região de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. 2010-2017

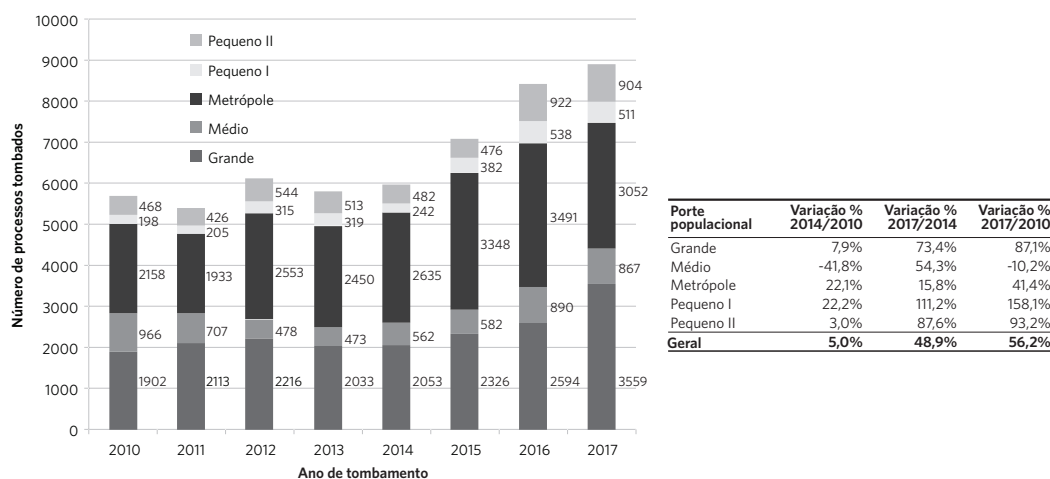
Região de Saúde	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Razão % 2017/2010
Baía da Ilha Grande	17	5	43	20	20	19	56	89	524%
Baixada Litorânea	394	473	369	425	479	446	572	520	132%
Capital	2026	1843	2474	2391	2410	3098	3237	2863	141%
Centro-sul	172	171	189	203	185	177	194	237	138%
Médio paraíba	485	286	411	380	311	398	686	568	117%
Metropolitana I	506	589	794	813	721	658	580	818	162%
Metropolitana II	448	406	381	334	503	533	615	511	114%
Noroeste	752	571	532	470	546	633	870	786	105%
Norte	357	406	271	282	376	593	722	1224	343%
Serrana	535	633	642	470	423	559	903	1277	239%
Total	5692	5384	6106	5788	5974	7114	8435	8893	156%

Fonte: Elaboração própria.

A *figura 2* registra a variação das ações propostas nos Assuntos selecionados de acordo com o porte populacional dos Municípios. Quanto à distribuição de processos, observou-se o maior aumento no número de ações no período de 2010 a 2017 nos Municípios do

grupo Pequeno I (158,1%). No entanto, houve queda de 10,2% nos Municípios de Médio Porte. À exceção das Metrôpoles, o aumento foi mais pronunciado no período 2014-2017 em relação ao período 2010-2014.

Figura 2. Ações judiciais potencialmente relacionadas com demandas por medicamentos segundo o porte populacional das Comarcas e crescimento percentual. Estado do Rio de Janeiro, 2010-2017



Fonte: Elaboração própria.

Discussão

A judicialização é um fenômeno importante na questão da saúde, sendo fundamental que seja monitorada e avaliada, de forma a ensejar melhor harmonização nas ações dos diferentes Poderes, bem como o incremento das políticas públicas para atendimento às necessidades dos cidadãos, protegendo e respeitando seus direitos. Envolve, portanto, a interface entre Poderes, com implicações sanitárias, econômicas, sociais e jurídicas.

Mostra-se fundamental, nesse contexto, uma classificação adequada dos processos judiciais, registrando-se corretamente os dados. O CNJ editou a Resolução nº 46/2007¹², que criou as Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário, visando exatamente à padronização e à uniformização no tratamento da informação no Poder Judiciário e possibilitando o seu melhor planejamento estratégico. Especificamente no âmbito estadual, o Ato Normativo Conjunto nº 03/2008 do TJ/RJ¹⁴ implantou, seguindo as diretrizes traçadas pelo CNJ, as Tabelas Processuais Unificadas, que têm a finalidade de promover a uniformização da terminologia no registro dos processos judiciais e que foram utilizadas para a busca dos resultados desta pesquisa.

Ainda que as medidas de padronização representem um avanço considerável, foram identificadas falhas de classificação, observando-se que alguns processos recuperados na busca com as palavras-chave não tinham como objeto o fornecimento de medicamentos. Tais lacunas no banco de dados podem ser resultado da existência de categorias não excludentes, insuficiente descrição e pouca clareza das categorias, bem como insuficiente treinamento dos profissionais responsáveis. Nesse sentido, problemas de classificação dos processos podem implicar falhas de informação.

A despeito do geral crescimento das ações ajuizadas para fornecimento de medicamentos no ERJ no período estudado, esse aumento não foi uniforme nas Comarcas, nem quando considerado o porte municipal.

A Comarca da Capital, que atende a uma das principais metrópoles do País, concentrou o maior número absoluto de processos. Pepe et al.⁶, em estudo que analisou demandas do ERJ no ano de 2006, por medicamentos considerados essenciais, também identificaram uma predominância de ações na Comarca da Capital. As autoras apontam que esse dado pode ter relação com a existência de uma maior rede de serviços de saúde e jurídicos, além do porte populacional. Mesmo se considerarmos que o aumento proporcional das demandas, objeto do estudo, não foi muito significativo no período, segue relevante o crescimento do volume de processos ajuizados na Comarca da Capital.

É importante registrar que o aumento e a redução das ações judiciais ao longo do tempo devem ser interpretados com cautela, uma vez que aspectos pontuais, relativas à realidade de uma determinada região, assim como ao contexto social e político, tanto em âmbito nacional como local, podem influenciar nesse movimento. Até mesmo questões relativas ao próprio funcionamento da justiça e da Defensoria Pública e, claro, ao sistema de saúde podem gerar aumento ou redução da busca do Poder Judiciário pelos cidadãos.

Especificamente quanto à Comarca da Capital, identificou-se que o cenário da judicialização da saúde modificou-se significativamente, tendo restado bastante visível a migração das demandas das Varas de Fazenda Pública para os Juizados Especiais Fazendários. A *figura 1* retrata perfeitamente esse movimento, revelando que a busca pelas Varas de Fazenda Pública, em 2013, ainda superava a busca pelos Juizados Especiais Fazendários. Todavia, essa proporção foi-se invertendo ao longo dos anos, chegando ao quadro registrado em 2017, em que os Juizados Especiais receberam quase a totalidade dos processos (97,7%), nos Assuntos selecionados.

Os Juizados Especiais Fazendários foram criados no ERJ pela Lei Estadual nº 5.781/2010¹⁰. Essa norma excluiu da competência de seu sistema, pelo prazo de dois anos a

partir de sua entrada em vigor, as ações fundadas no direito à saúde. Dessa forma, no período de 2011 a 2012, os processos judiciais visando ao fornecimento de medicamentos pelos entes públicos, por se tratar de ações fundadas no direito à saúde, continuaram a ser distribuídos perante os Juízos de Fazenda Pública comuns. A partir de 2013, afastada a vedação legal, os Juizados Especiais Fazendários passaram a receber quase a totalidade dessas ações.

Esse dado é de grande relevância na compreensão do perfil das demandas judiciais envolvendo a pretensão de fornecimento de medicamentos pela Fazenda Pública, uma vez que os Juizados Especiais funcionam em um sistema de justiça totalmente próprio, com maior celeridade e informalidade, recebendo causas de menor complexidade, baixo valor e não admitindo perícias. Também é fundamental para a compreensão da evolução do fenômeno da judicialização da saúde, em especial, no que diz respeito à pesquisa empírica, uma vez que deverá ser considerado, para sua realização, também o sistema de Juizados Especiais Fazendários, onde houver.

Além da evolução da demanda para os Juizados Especiais Fazendários em detrimento da Varas de Fazenda Pública, evidenciou-se variação bastante diferenciada do número de ações judiciais em relação ao porte municipal.

Relativamente às diferentes Regiões de Saúde, é importante destacar que a análise comparativa entre os resultados deve-se dar realizando-se uma interpretação em conjunto com outros elementos de investigação, em especial, porque o número de Municípios que integram essas diferentes Regiões, assim como seus portes populacionais, são bem díspares. Também é importante lembrar que a divisão por Regiões de Saúde nem sempre está em consonância com a divisão de Comarcas feita pelo Poder Judiciário. Dessa forma, alguns Municípios, embora pertençam a uma determinada Região de Saúde, podem ter suas demandas acolhidas por outra Comarca, uma vez que não possuem Juízos nela instalados. Esse fator deve ser considerado para a realização

de um diagnóstico mais preciso acerca da real situação de uma determinada Região de Saúde.

Quanto ao aumento no número de processos relacionados com medicamentos, tal fato também foi constatado em outros estudos, tanto para o fornecimento de medicamentos² quanto para questões de saúde mais amplas, inclusive em âmbito nacional¹⁵. Da mesma forma, Mappelli Júnior¹⁶ identificou um aumento nas demandas judiciais propostas em face do estado de São Paulo (isoladamente ou em solidariedade com Municípios e/ou a União), visando à obtenção de medicamentos, insumos terapêuticos e outros produtos, no período compreendido entre 2010 e 2014. No caso do ERJ, a situação particular pode estar ligada também à grave crise financeira que o atingiu, especialmente nos últimos anos, podendo ter gerado falhas na assistência.

Considerando o protagonismo do Poder Judiciário em diversas outras áreas das relações sociais^{17,18}, inclusive em matérias específicas de saúde, poderíamos entender que, proporcionalmente, em se tratando de todo o estado, o volume dos processos relativos a medicamentos não é tão elevado. Todavia, não se pode desconsiderar a relevância da matéria abordada nesses processos nem a circunstância de que cada vez mais pessoas têm precisado buscar a via judicial para ver satisfeita a sua pretensão de realizar um determinado tratamento medicamentoso.

A possibilidade de falha ou interpretação errônea no cadastro do Assunto, feito pelo representante do autor no momento da distribuição da ação, foi uma limitação do estudo. Ainda que essa classificação deva ser revista por um servidor da justiça, o erro de classificação pode persistir. É possível, assim, que um processo, cadastrado em um Assunto que o relacione ao tema de fornecimento de medicamentos, tenha como objeto outro tema relacionado com a área de saúde. De toda sorte, diante do universo quantitativo geral que engloba todo o ERJ, essa limitação não compromete o resultado da análise, que busca a identificação da evolução das ações judiciais ao longo do tempo.

Considerações finais

O recorte temporal do estudo, que abrangeu sete anos de judicialização, permitiu que tivéssemos uma visão de sua evolução no ERJ; e, quanto à Comarca da Capital, que identificássemos a influência de novos agentes nesse contexto, no intuito de contribuir com outras peças para a construção do desenho desse complexo fenômeno.

A análise quantitativa levada a efeito revelou aspectos importantes, em um cenário no qual a realidade se apresenta totalmente diversa daquela identificada nos primeiros estudos realizados acerca do tema. Com efeito, importantes inovações surgiram, como a criação da CRLS, do NAT e a instalação dos Juizados Especiais Fazendários.

Quanto à CRLS e ao NAT, são novos atores institucionais que podem se mostrar importantes na busca para o esgotamento das alternativas terapêuticas que se adequem à padronização feita pelo SUS, tentando-se alcançar melhor custo-benefício ao ente público, bem como garantir segurança e eficácia no tratamento dos pacientes. Especialmente o NAT ganha relevância por dar o suporte técnico-sanitário às decisões proferidas nos processos.

A importância de uma maior articulação entre os setores jurídicos e os de saúde parece ser um consenso entre todos aqueles que se debruçam sobre o estudo da judicialização. Todavia, a despeito da evolução no campo

teórico, com reflexos práticos positivos, especialmente no que diz respeito à administração da justiça, de órgãos a ela ligados e à fixação de parâmetros para decisões, os números indicam que a judicialização continua em crescimento, revelando uma dissonância entre os anseios da população quanto à efetivação do seu direito à saúde e no que diz respeito à organização do poder público em atender a esses anseios, de acordo com o desenho traçado na Constituição Federal.

O crescimento dos números da judicialização sugere tanto a necessidade de monitoramento constante das medidas atuais quanto a formulação e a implementação de novas medidas para identificar, efetivamente, a razão pela qual o cidadão ainda precisa buscar o Poder Judiciário para alcançar a efetividade prática do direito à saúde que lhe é garantido pela nossa Lei Fundamental.

Colaboradores

Peçanha LO (0000-0001-7081-4980)* contribuiu para a concepção, planejamento, análise e interpretação de dados; elaboração do rascunho; participação na aprovação da versão final do manuscrito. Simas L (0000-0003-2494-8747)* e Luiza VL (0000-0001-6245-7522)* contribuíram para a concepção, coleta de dados, análise, interpretação dos resultados, produção e revisão do texto. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2019 jan 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
2. Messeder AM, Osorio-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*. 2005; 21(2):525-34.
3. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2018: ano-base 2017 [internet]. Brasília, DF: CNJ; 2018. [acesso em 2019 jul 22]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>.
4. Catanheide ID, Lisboa ES, Souza LEPE. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis Rev Saúde Coletiva*. 2016; 26:1335-56.
5. Pepe VLE, Figueiredo TA, Simas L, et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc. Saúde Colet*. 2010; 15(5):2405-14.
6. Pepe VLE, Ventura M, Sant'Ana JMB, et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Characterization of lawsuits for the supply of "essential" medicines in the State of Rio de Janeiro*. *Cad. Saúde Pública*. 2010; 26(3):461-471.
7. Calfo MA, Silveira ECSA. Núcleo de assessoria técnica em ações de saúde: a experiência do estado do Rio de Janeiro. In: Osorio-de-Castro CGS, Luiza VL, Castilho SR, et al., organizadoras. *Assistência farmacêutica: gestão e prática para profissionais da saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2014. p. 373-80.
8. Brasil. Lei nº 1.2401 de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. *Diário Oficial da União*. 28 Abr 2011.
9. Brasil. Lei Federal nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 19 Set 1990.
10. Rio de Janeiro. Lei nº 5.781 de 1 de julho de 2010. Altera a lei nº 2.556, de 21 de maio de 1996, que cria os juizados especiais cíveis e criminais na justiça do Estado do Rio de Janeiro, dispõe sobre sua organização, composição e competência, criando os juizados especiais da fazenda pública, a estrutura das turmas recursais cíveis, criminais e da fazenda pública e dá outras providências [internet]. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*. 1 Jul 2010. [acesso em 2019 jan 26]. Disponível em: http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/.
11. Peçanha LO. *Judicialização da Assistência Farmacêutica no Estado do Rio de Janeiro: um olhar crítico a partir do perfil das demandas judiciais entre os anos de 2010 e 2017 [dissertação]*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz; 2019.
12. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 46, de 18 de dezembro de 2007. Cria as Tabelas Processuais do Poder Judiciário e dá outras providências [Internet]. *Diário da Justiça*. 18 Dez 2007 [acesso em 2019 jan 18]. Disponível em: www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=167.
13. Viudes PFN. *Trajetória da perspectiva territorial na Política de Assistência Social Brasileira*. Anais do I Congresso Internacional de Política Social e Serviço Social: Desafios Contemporâneos [internet]; 2015 Jun 9-12; Londrina. Londrina: Universidade Federal de Londrina; 2015. p. 1-11. [acesso em 2019 fev 17]. Disponível em: http://www.uel.br/pos/mestradoservi-cosocial/congresso/anais/Trabalhos/eixo8/oral/16_territorio_da_perspectiva....pdf.

14. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ato Normativo Conjunto nº 3, de 29 de dezembro de 2008. Implanta as Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário e dá outras providências [internet]. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro. 12 Mar 2008. [acesso em 2019 jan 28]. Disponível em: www.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html.
15. Shulze CJ. Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil [internet]. Empório do direito. 2017 nov 11. [acesso em 2019 abr 2]. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br>.
16. Mapelli Júnior R. Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública. São Paulo: Atheneu; 2017.
17. Santos BS. Para uma revolução democrática da justiça. 3. ed. São Paulo: Cortez; 2011.
18. Melo MPC, Vianna LW, Carvalho MARD, organizadores. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan; 2014.

Recebido em 03/08/2019

Aprovado em 03/11/2019

Conflito de interesses: inexistente

Suporte financeiro: não houve

Bases jurídicas e técnicas das sentenças dos Juizados Especiais Fazendários do Rio de Janeiro (RJ), 2012-2018

Legal and technical basis of the sentences of the Special Courts of the Public Treasury of Rio de Janeiro (RJ), 2012-2018

Elizabeth Maria Saad¹, José Braga², Elvira Maria Godinho de Maciel³

DOI: 10.1590/0103-11042019S407

RESUMO O trabalho analisa razões fáticas e jurídicas das decisões e sentenças prolatadas pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública do município do Rio de Janeiro (2012-2018). Buscou-se conhecer como são tomadas as decisões sobre pedidos de medicamentos, perquirindo argumentos jurídicos, pareceres do Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal (NAT) e evidências científicas. Foram recuperados 19.773 processos e realizada amostragem aleatória simples para seleção de 500 processos, dos quais 290 foram de medicamentos. Em 94,1% dos processos, usou-se apenas o laudo médico na decisão, seguido da prescrição médica; e, embora a consulta ao NAT seja obrigatória, o parecer técnico somente foi usado em 22,2%. De 221 sentenças de mérito, 94,6% basearam-se no art. 196 da Constituição Federal; 85,5%, em jurisprudência dos tribunais superiores; e 62,5%, afastadas teses da Fazenda Pública da reserva do possível e princípio da legalidade orçamentária. Medicamentos mais solicitados tratavam doenças endócrino-metabólicas (insulina, ranibizumabe), doenças renais (cinacalcete), complicações obstétricas (enoxaparina), doenças imunológicas e inflamatórias (adalimumabe). Apenas 32% dos pareceres recomendavam o medicamento com base científica, 14% 'não recomendado' e 54% 'recomendado sem base científica'. Conclui-se que o parecer técnico é pouco usado, mas quando presente, não explicita evidência científica, visto que, apenas nas causas obstétricas, 100% das recomendações tiveram base científica.

PALAVRAS-CHAVE Judicialização da saúde. Assistência farmacêutica. Medicina baseada em evidências. Sistema Único de Saúde. Uso de medicamentos.

ABSTRACT *The paper analyzes the factual and legal reasons and sentences issued by the Special Courts of the Public Treasury of the city of Rio de Janeiro (2012-2018). It was sought to know how decisions on medication requests are made, seeking legal arguments, opinions from the Court's Technical Support Center (TSC), and scientific evidence. A total of 19,773 processes were retrieved and a 500 processes simple random sample was selected, being 290 about drugs. In 94.1% of the cases, the decision was based on medical report, followed by the medical prescription; and, although TSC consultation is mandatory, the technical opinion was used only in 22.2%. Of 221 judgments on merits, 94.6% were based on article 196 of the Federal Constitution; 85.5% in jurisprudence of the higher courts; and 62.5% rejected theses of the Public Treasury from the reservation of the possible and principle of budgetary legality. Most requested drugs treated endocrine-metabolic diseases (insulin, ranibizumab), kidney diseases (cinacalcet), obstetric complications (enoxaparin), immune and inflammatory diseases (adalimumab). Only 32% had scientifically based drug recommendation, 14% 'not recommended', and 54% 'recommended without a scientific basis'. It is concluded that the technical opinion is little used, but when present, it does not explain scientific evidence, since, only in obstetric causes, 100% of the recommendations were scientifically based.*

KEYWORDS *Health's judicialization. Pharmaceutical services. Evidence-based medicine. Unified Health System. Drug utilization.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil. elizabethsaad@tjrj.jus.br

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.

³Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Epidemiologia e Métodos Quantitativos em Saúde (DEMQS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

A saúde é um direito humano reconhecido na Constituição Federal (CF) Brasileira¹, o qual é materializado nas políticas de saúde pública. Cabe ao Estado atuar na prevenção de doenças e na promoção e recuperação da saúde do cidadão. Com a finalidade de orientar a assistência à saúde, há protocolos e diretrizes de manejo clínico baseados em pesquisas científicas que devem ser observados, tanto para racionalizar o uso de recursos públicos quanto para possibilitar a adoção de tratamentos efetivos e seguros.

A CF de 1988¹ elevou a saúde à condição de direito fundamental social. Em capítulo próprio sobre a ordem social, o art. 193 prevê a saúde como um dos objetivos do Estado, assim como o primado do trabalho, o bem-estar e a justiça social. A configuração de Estado de bem-estar social é consubstanciada nas determinações previstas nos arts. 194, 195 e 196, tendo sido formulado um modelo de assistência e previdência social nos moldes da seguridade social. Com a promulgação da Lei nº 8.080/90², nasce legalmente o Sistema Único de Saúde (SUS), embasado na ideia da saúde como direito de todos e dever do Estado, e nos princípios de igualdade (que a doutrina entende tratar-se de equidade) e integralidade na atenção à saúde. Assim, a CF de 1988¹, consagrou no âmbito interno da ordem jurídica brasileira, o direito humano à saúde universal.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), são inúmeros os pedidos: i) de medicamentos utilizados como rotina em determinadas condições clínicas que deveriam ser fornecidos gratuita e regularmente pelo SUS, mas não o são – tais como imunossuppressores prescritos a pacientes transplantados; ii) de medicamentos excepcionais e tratamentos propostos, mas ainda que ainda não fazem parte de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) ou que tenham sido incorporados pelo SUS.

Sabe-se que, na via judiciária relativa ao fornecimento do medicamento solicitado,

decisões tomadas com frequência sem bases técnicas ou evidências científicas capazes de responder não só a questões de eficácia como também bioéticas – princípio da não maleficência – vêm proporcionando um aumento excessivo de demandas visando à garantia do atendimento do cidadão no SUS, a despeito da insuficiência da dotação orçamentária para a universalização do atendimento. Tais medidas convertem-se em gastos não previstos, favorecendo um desencontro maior entre o orçamento público e a prestação de serviços, gerando um ciclo vicioso. Além disso, construiu-se, nas últimas décadas, uma jurisprudência que, na discussão jurídica envolvendo integralidade e equidade, desconsidera os limites orçamentários segundo princípios constitucionais impostos ao administrador público.

Assim, a decisão dos juízes teria por premissa que a atuação do Poder Judiciário é limitada por parâmetros constitucionais e legais, que regulam e disciplinam adequadamente a tutela jurisdicional do direito à saúde e por parâmetros técnicos tais como evidências de eficácia e segurança das intervenções julgadas. No entanto, em plantões noturnos, por exemplo, os magistrados, premidos pela urgência referida no laudo médico, tomam decisões sobre o fornecimento de insumos solicitados com impactos no orçamento público dos entes federativos.

Cabe refletir que acerca da judicialização do direito à saúde, seu alcance constitucional, legal e ético, é conveniente considerar ao lado dos princípios constitucionais do SUS e dos princípios orçamentários, parâmetros científicos, técnicos e éticos. Dessa forma, este estudo objetiva: i) descrever os motivos da judicialização; (ii) identificar as fundamentações jurídicas e técnicas (no âmbito dos Juizados Especiais Fazendários da capital do Rio de Janeiro) usadas para a concessão de medicamentos; iii) identificar as doenças e os medicamentos mais requeridos judicialmente para tratamento; e iv) avaliar se as decisões e sentenças se apoiam nos pareceres técnicos científicos do Núcleo de Apoio Técnico (NAT).

Metodologia

Trata-se de um estudo descritivo de dados secundários dos registros do TJRJ que avalia o perfil das decisões e sentenças que deferiram ou não os pedidos de antecipação de tutela para fornecimento de medicamentos em face da Fazenda Pública do estado do Rio de Janeiro ou município do Rio de Janeiro no período de 1º de julho de 2012 a 31 de maio de 2018, nos Juizados Especiais Fazendários na Comarca da Capital. Procedeu-se à análise do motivo da judicialização, as principais síndromes clínicas e medicamentos requeridos, indicando se há problemas tais como irregularidade no abastecimento, pedido de medicamentos não incorporados, uso *off label* ou outros. Os registros dos processos do TJRJ são integralmente eletrônicos e foram analisados individualmente, on-line, no período entre 18 de janeiro e 20 de fevereiro de 2019.

Foi avaliado se houve consulta ao NAT antes da decisão que deferiu ou não a antecipação de tutela, observada a frequência de decisões favoráveis ao requerente deferidas liminarmente, bem como qual o documento mais utilizado como base da decisão e se foi observada a recomendação científica no parecer do NAT.

Também se procedeu à análise das decisões, verificando se a concessão ou não do pedido de antecipação de tutela e sentença para fornecimento do medicamento foram proferidas com fundamentação jurídica e com base em razões científicas (evidência científica da efetividade/eficácia) do medicamento requerido. Observou-se a recomendação feita no parecer do NAT com relação ao medicamento requerido quanto à existência de evidência científica para o uso na doença do autor. Foram extraídos dados da base do TJRJ referentes ao período citado anteriormente, em demandas relacionadas com a Assistência Farmacêutica (AF), especificamente nos Juizados Especiais Fazendários, situados na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Os processos foram classificados segundo códigos padronizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ): 10069: Tratamento Médico-Hospitalar

e/ou Fornecimento de Medicamentos, 10892: Medicamento/Tratamento/Cirurgia de Eficácia não Comprovada, 11884: Fornecimento de Medicamentos, 30323: Fornecimento de Medicamentos – Desabilitado – Lançar, 11884; Deige (necessário para processos antigos), 30434: Fornecimento de Insumos, 10856: Prescrição por Médico não vinculado ao SUS, 30431: Medicamento não Padronizado pelo SUS, 30431: Medicamento não Padronizado pelo SUS, 30432: Medicamentos – Outros, 30433: Medicamento sem Registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), 30435: Fornecimento de Leite, 30436: Fornecimento de Fraldas, 30437: Equipamento Médico-Hospitalar, 30438: Fornecimento de Insumos – e Outros; 30459: Medicamentos e Outros Insumos de Saúde – Juizados Fazendários.

Como forma de viabilizar e otimizar a pesquisa, foram escolhidos apenas registros da base eletrônica de processos, em razão da possibilidade de acesso integral aos autos e documentos, permitindo a análise da motivação da decisão. Tratando-se de dados públicos de acesso restrito, foi requerido e autorizado pelo TJRJ o uso das informações para fins acadêmicos. Não foram identificados o nome dos autores, juízes, promotores, defensores e procuradores que atuaram nos processos. Foram excluídos os processos que tramitaram em segredo de justiça.

Embora técnicos, os Pareceres do NAT, muitas vezes, não se referiam à existência ou não de evidência científica. Entretanto, eles indicavam quando o medicamento não possuía registro sanitário na Anvisa³, se era ou não incorporado ao SUS, se era indicado para a doença do requerente segundo a bula, se o pedido era para uso fora dos PCDT do SUS, se havia medicamento ou PCDT fornecido pelo SUS, bem como se a parte já era cadastrada no setor competente, se o médico assistente informava o uso prévio dos PCDT sem sucesso. De modo geral, com exceção dos casos de evidente uso *off label* ou da falta de registro na Anvisa, o Parecer do NAT apontava os elementos acima sem fazer juízo de valor sobre a existência de evidência científica, embora, em alguns

casos, indicasse que a prática médica atual ainda não incorporara em protocolos clínicos o medicamento pleiteado.

Ao analisar-se os pareceres do NAT, procurou-se classificar a conclusão de recomendação ou não de acordo apenas com a existência e o uso previsto no PCDT do SUS que, em nosso entendimento, caracterizaria a evidência científica de eficácia do medicamento, motivo necessário à incorporação.

O projeto foi encaminhado ao Comitê de Ética em Pesquisa da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca após o exame de qualificação e obteve dispensa de análise pelo Comitê, conforme Parecer 14/2018.

Resultados

Para este estudo, foram inicialmente extraídos os dados dos processos do período estudado, encontrados nos três Juizados Especiais Fazendários da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que, em razão de disposição legal, devem apreciar questões de menor complexidade que não precisam de perícia técnica, havendo, no entanto, a obrigatoriedade do parecer do NAT por determinação do Tribunal de Justiça. Foram recuperados 19.773 processos correspondentes ao período de 2012 a 2018. Em seguida, foi realizada pela técnica de amostragem aleatória

simples a seleção de 500 processos. Após análise individual, foram selecionados 290 processos referentes ao pedido de medicamentos, especificando a doença e os medicamentos prescritos que eram objetos da ação judicial. Assim a nossa amostra teve a seguinte distribuição por ano: 2012=1 (0,3%), 2013=26 (9,0%), 2014=71 (24,5%), 2015=53 (18,3%), 2016=61 (21,0%), 2017=59 (20,3%) e 2018=19 (6,6%).

Em alguns processos, foram requeridos mais de um medicamento, razão pela qual o número não se iguala ao número de processos analisados. A maioria dos pedidos ou dos medicamentos – 56,3% – em juízo no Juizado Especial da Fazenda Pública (Jefaz) o são em razão da sua não incorporação na lista do SUS, o que prejudica outros pacientes com a mesma doença e sem facilidade de acesso ao judiciário e que poderiam se beneficiar de ação coletiva com vistas à incorporação do medicamento pelo SUS. Uma significativa proporção – 22,5% – dos processos referiam-se a medicamentos que, embora incorporados, não tiveram a dispensação administrativa deferida em razão do médico prescritor ter requerido seu uso fora dos PCDT do SUS. Observou-se 27 requerimentos de fármacos incorporados, feitos em razão da falta na rede pública – 8,4% –, indicando problemas na gestão, possivelmente em razão da crise que atingiu o estado do Rio de Janeiro (*tabela 1*).

Tabela 1. Motivos da judicialização de medicamentos do Jefaz/RJ, 2012-2018

Pedido	N	%
Medicamento não incorporado na lista do SUS	180	56,3
Medicamento incorporado, mas necessita de uso fora dos PCDT	72	22,5
Medicamento sem registro na Anvisa	5	1,6
Medicamento incorporado na lista, mas em falta	27	8,4
Medicamento não incorporado e uso <i>off-label</i> segundo a bula	6	1,9
Medicamento incorporado pelo SUS, mas não integra lista em razão do pouco tempo de incorporação	25	7,8
Medicamento incorporado sem a associação requerida pela parte	5	1,6
Total de pedidos de medicamentos	320	100,0

Fonte: Elaboração própria.

O resultado obtido com relação à fundamentação técnica da decisão liminar e da sentença (que podem utilizar mais de um fundamento) espelha o já apontado em outros estudos, indicando que, ao fundamentar a sentença e a decisão que antecipa a tutela, o magistrado,

em 94,1% das vezes, usa o laudo médico como justificativa principal para sua decisão, seguido do receituário médico (prescrição); e, embora a consulta ao NAT seja obrigatória, o parecer técnico somente é utilizado como fundamentação em 22,2% dos casos (*tabela 2*).

Tabela 2. Fundamentos técnicos das apreciações de mérito e tipos de sentenças prolatadas no Jefaz/RJ, 2012-2018

Fundamentação	N	%
Comprovação da enfermidade (laudo médico)	208	94,1
Necessidade do medicamento (receituário)	154	69,7
Parecer do NAT	49	22,2
Necessidade de comprovar atendimento prévio e recusa administrativa no fornecimento do medicamento	1	0,5
Total de sentenças de mérito	221	-
Sentenças sem mérito	49	-
Não sentenciadas	20	-
Total	290	-

Fonte: Elaboração própria.

Na *tabela 2*, observa-se que dos 290 processos estudados, 49 foram extintos sem mérito, seja por inércia do autor que não deu andamento ao feito ou pelo requerimento da desistência do processo, representando 16,9% dos feitos totais.

Conforme já apontado, a classificação é feita pelo requerente usando códigos padronizados pelo CNJ. Como na grande maioria das ações o autor é patrocinado pela defensoria pública, a instituição é a responsável pela classificação.

Deve ser esclarecido ainda que, frequentemente, o pedido de antecipação de tutela refere-se apenas ao medicamento pleiteado, enquanto o pedido final inclui um requerimento final padrão:

[...] julgamento pela procedência do pedido, com a condenação dos réus ao fornecimento dos medicamentos reclamados, ou outros medicamentos, aparelhos e utensílios que o autor venha a necessitar no curso do

tratamento, nas quantidades prescritas, em prestações mensais e contínuas por tempo indeterminado⁴.

Razão pela qual possivelmente a classificação mais utilizada seja “medicamentos e outros insumos de saúde”⁴.

Mesmo no ambiente mais simplificado dos Juizados, há necessidade de fundamentação das decisões e sentenças sob o risco de serem nulas. As sentenças possuem diversas fundamentações tanto jurídicas como técnicas, usadas, na maior parte das vezes, em conjunto. Estudamos os fundamentos utilizados pelos magistrados para deferir o pedido. Do total de 221 sentenças de mérito, em 94,6% foi referido o art. 196 da CF¹; em 85,5%, a decisão fundou-se em jurisprudência dos tribunais superiores sobre o tema (TJRJ/STJ/STF); em 62,5%, foram afastadas as teses da Fazenda Pública da reserva do possível e princípio da legalidade orçamentária; em 56,6%, referiu-se

à Súmula 65 do TJRJ; em 40,7%, ao art. 198 da CF; 34,4% das decisões foram tomadas com base no entendimento da obrigação dos entes federativos de fornecimento de medicamento mesmo fora da lista do SUS². A hipossuficiência econômica da parte foi o fundamento em 23,1% dos casos (tabela 3).

Verificou-se que 14,2% das decisões que anteciparam a tutela requerida para concessão do medicamento usaram como argumento apenas a necessidade do autor e a apresentação de comprovação médica para o pedido, sem apresentar fundamentos jurídicos. A

fundamentação técnica das decisões de tutela antecipada constava em 98,1%, perfazendo um total de 255 casos. Quanto à classificação ou à natureza dos fundamentos técnicos das sentenças de mérito no Jefaz/RJ (2012-2018), 94,1% fizeram uso da comprovação da enfermidade por laudo médico, 69,7% valeram-se da alegação de necessidade do medicamento atestada pela receita médica, 22,2% (49 casos) basearam-se no parecer do NAT. Em um caso, sob a alegação de ‘necessidade de comprovar atendimento prévio’, houve recusa administrativa no fornecimento do medicamento.

Tabela 3. Classificação dos fundamentos jurídicos mais usados nas sentenças no Jefaz/RJ (2012-2018)

Fundamento	N	%
1- Art. 6º da Constituição Federal: direito à saúde	33	14,9
2- Art. 23, II da Constituição Federal: solidariedade entre entes federais	71	32,1
4- Art. 196 da Constituição Federal: saúde é direito de todos e dever do Estado.	209	94,6
5- Art. 198 da Constituição Federal: SUS	90	40,7
7- Súmula 65 TJRJ	125	56,6
8- Súmula 180 TJRJ	60	27,1
9- Art. 3º da Constituição Federal: bem-estar social	58	26,2
10- Lei nº 8.080/90	48	21,7
11- A parte é hipossuficiente econômica	51	23,1
12- Art. 5º da Constituição Federal – direito à vida.	34	15,4
13- Art. 6º da Lei nº 8.080/90: Assistência terapêutica integral e farmacêutica do SUS	188	85,1
14- Lei nº 12.153/09: Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos estados, DF.	1	0,5
15- Obrigação dos entes federativos de fornecimento de medicamento mesmo fora da lista do SUS	76	34,4
16- Afasta as teses da Fazenda Pública da reserva do possível e princípio da legalidade orçamentária.	144	65,2
17- RE 855178 RG, Rel.: Min. Luiz Fux, Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência	4	1,8
18- Resp. 1.657.156/RJ STJ. Julgado pelo regime de repercussão geral, Tese nº 106 do STJ	11	5,0
19- Jurisprudência dos tribunais Superiores sobre o tema (TJRJ/STJ/STF)	189	85,5
Total de sentenças de mérito	221	-

Fonte: Elaboração própria.

Dos 290 processos estudados, 49 foram extintos sem mérito seja por inércia do autor (26), que não deu, por algum motivo, andamento ao feito, seja por ter requerido a desistência do processo (5), representando mais de 10% dos feitos totais. Somente em um caso houve sentença apontando que o autor não comprovou ter feito uso anterior dos PCDT do SUS.

De maneira geral, as contestações ou não concessões das tutelas antecipadas pelas Fazendas Públicas são padronizadas e alegam, em síntese, os seguintes itens: 1) que o medicamento requerido não se encontra integrado à lista de dispensação do SUS ou do ente público (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, Relação Estadual de Medicamentos – Resme, Relação Municipal de Medicamentos Essenciais – Remume); 2) que o autor requer o uso do medicamento fora dos PCDT do SUS ou do registro na Anvisa; 3) que o medicamento requerido não existe no mercado brasileiro (importado e sem registro na Anvisa).

No nosso estudo, classificaram-se as doenças em grandes grupos: as endócrino-metabólicas (23,5%); as doenças renais e complicações (16,9%); as imunológicas e inflamatórias (14,8%) as neuropsiquiátricas (12,4%); as genéticas (2,4%); as doenças e complicações obstétricas (4,1%); as neoplasias (3,1%); as doenças respiratórias (3,8%) as oftalmológicas (7,2%); as linfo-hematopoéticas e tromboembólicas (2,1%) e outras (9,7%). Observamos

ainda que a judicialização ocorre predominantemente com relação a doenças crônicas de modo mais específico, diabetes mellitus tipo I e II, insuficiência renal crônica, doença de Alzheimer, doença de Crohn, esquizofrenia, psoríase, epilepsia, entre outros.

Os medicamentos mais requeridos em Juízo no Jefaz/RJ (2012-2018) foram compatíveis com o perfil de doenças. Entre os processos analisados, há 14 pedidos de enoxaparina sódica, sendo 13 com laudo particular e 1 com laudo de rede pública, tendo sido encontrados 3 pacientes que apresentaram tanto laudo particular como da rede pública. Os medicamentos mais solicitados foram para o tratamento de doenças endócrino-metabólicas (insulina, ranibizumabe), doenças renais e complicações (cinacalcete), doenças e complicações obstétricas (enoxaparina), doenças imunológicas e inflamatórias (adalimumabe), e neuropsiquiátricas (tabela 4).

A despeito do parecer do NAT anterior à apreciação do pedido liminar ser obrigatório no TJRJ, conforme Ato Normativo TJRJ 05/2012, pudemos observar que as decisões não se baseiam em evidência científica de eficácia do medicamento pleiteado, já que apenas 93 (32,1%) dos pareceres recomendavam o medicamento com explicitação da base científica, e 197 (67,9%) não recomendavam ou recomendavam sem referir-se à base científica: parecer ‘não recomendado’, 41 (14,1%); e ‘recomendado sem base científica’, 156 (53,8%).

Tabela 4. Medicamentos requeridos no Jefaz/RJ (2012-2018) em relação ao grupo de doenças

Grupo de doenças	INS	CCA	ADM	RBZ	ENX	Outros	Total
	N	N	N	N	N	N	N
Doenças Endócrino-metabólicas	29	0	0	22	0	17	68
Doenças renais e complicações	0	31	0	0	0	18	49
Doenças imunológicas e inflamatórias	0	0	6	0	0	37	43
Doenças neuropsiquiátricas	0	0	0	0	1	35	36
Doenças genéticas	0	0	0	0	1	6	7
Doenças e complicações obstétricas	0	0	0	0	12	0	12

Tabela 4. (cont.)

Neoplasias	0	0	0	0	0	9	9
Doenças respiratórias	0	0	0	0	0	11	11
Doenças oftalmológicas	0	0	0	9	0	12	21
Doenças linfo-hematopoiéticas e tromboembólicas	0	0	0	0	0	6	6
Outros	0	0	0	0	0	28	28
Total	29	31	6	31	14	179	290

INS - Insulina, CCA - Cinacalcete, ADM - Adalimumabe, RBZ - Ranibizumabe e ENX - Enoxaparina.

Observa-se que a maior parte dos pareceres que recomenda o medicamento sem base científica o faz sob a alegação de que o paciente já fez uso das alternativas disponibilizadas pelo SUS, como as insulinas NPH e regular no caso de diabetes mellitus, por exemplo. Já mencionamos que o parecer do NAT informa sempre se o medicamento é indicado para a doença do requerente, em seguida, informa se está ou não incorporado ao SUS e a outros elementos relevantes. A maior parte dos pareceres do NAT recomendando o medicamento sem

referir base em evidência científica encontra-se, entre os processos estudados, no grupo de doenças endócrino-metabólicas – 69,1%; seguidas pelo grupo de doenças neuropsiquiátricas – 66,7%; doenças oftalmológicas – 66,7%; doenças respiratórias – 63,6%; doenças renais e complicações – 53,1%; doenças imunológicas e inflamatórias – 44,12%. No grupo ‘doenças e complicações obstétricas’, a recomendação se deu com base em evidência em 100% dos casos. No grupo das neoplasias, o percentual foi de 66,7% (tabela 5).

Tabela 5. Classificação da recomendação do NAT em relação aos grupos de doenças nos processos do Jefaz/RJ (2012-2018)

Grupo de doenças	O que diz o parecer do NAT?							
	NÃO recomenda		Recomenda SEM base		Recomenda COM base		Total	
	N	%	N	%	N	%	N	%
Doenças endócrino-metabólicas	8	11,8	47	69,1	13	19,1	68	100,0
Doenças renais e complicações	0	0,0	26	53,1	23	46,9	49	100,0
Doenças imunológicas e inflamatórias	11	25,6	19	44,2	13	30,2	43	100,0
Doenças neuropsiquiátricas	3	8,3	24	66,7	9	25,0	36	100,0
Doenças genéticas	3	42,9	1	14,3	3	42,9	7	100,0
Doenças e complicações obstétricas	0	0,0	0	0,0	12	100,0	12	100,0
Neoplasias	1	11,1	2	22,2	6	66,7	9	100,0
Doenças respiratórias	2	18,2	7	63,6	2	18,2	11	100,0
Doenças oftalmológicas	6	28,6	14	66,7	1	4,8	21	100,0
Doenças linfo-hematopoiéticas e tromboembólicas	1	16,7	3	50,0	2	33,3	6	100,0
Outros	6	21,4	13	46,4	9	32,1	28	100,0
Total	41	14,1	156	53,8	93	32,1	290	100,0

Discussões

As decisões e sentenças analisadas indicam que os pedidos de medicamento são deferidos, na grande maioria das vezes, sem análise da recomendação do NAT com relação à evidência científica do medicamento. Esse padrão de decisão jurisdicional, sem prévia apreciação dos elementos técnicos envolvidos, é objeto de crítica frequente na literatura especializada, afetando o ciclo da AF e o orçamento público na área da saúde.

Na prática judicial, a concessão de liminar é regra; e a prova necessária e suficiente de que o autor precisa do medicamento requerido é a prescrição de um médico uma vez que, para os juízes, cabe ao médico apontar as necessidades do paciente⁵. O ponto que parece ser o de maior peso nas decisões é a indicação do medicamento para a doença, ainda que não haja comprovação do autor ter feito uso anterior dos medicamentos fornecidos pelo SUS².

Quanto à fundamentação técnica da decisão liminar e da sentença, este estudo corrobora achados de outros estudos, indicando que, ao fundamentar a sentença e a decisão que antecipa a tutela, o magistrado, na grande maioria das vezes, usa o laudo médico como justificativa principal para sua decisão, seguida do receituário médico. Embora obrigatória a consulta ao NAT, o parecer técnico foi utilizado como fundamentação em apenas 22,2% dos casos, resultado semelhante ao encontrado na revisão feita por Catanheide et al.³ sobre ações judiciais de 2011 a 2014 quando verificaram que, em mais de 90% dos casos, o único documento adicional à prescrição do medicamento juntado no processo era o relatório médico.

Os resultados obtidos confirmaram que a maioria dos pedidos (56,3%) de medicamento em juízo na Jefaz são em razão da sua não incorporação na lista do SUS². Todos os pedidos foram feitos em ações individuais; e, ao considerarmos que outros pacientes têm a mesma doença e maior dificuldade de acesso ao judiciário, julgamos que um maior número de doentes poderia se beneficiar de

ação coletiva capaz de levar à incorporação do medicamento ao SUS². Com referência à judicialização individual das doenças crônicas para obtenção de medicamentos não incorporados em detrimento de ações coletivas, D'Espindula⁶ aponta que portadores de doenças crônicas, em geral, ajuízam individualmente ações para obter seus medicamentos. O autor refere-se ainda à forte influência da indústria farmacêutica na classe médica e o pouco conhecimento acerca de diversos aspectos dos medicamentos dispensados pela AF do SUS. Tal desconhecimento talvez seja uma das causas do percentual expressivo de 22,5% de medicamentos que, embora incorporados, não tiveram a dispensação administrativa deferida em razão do médico prescritor ter requerido seu uso fora dos PCDT do SUS. Como exemplo, os pedidos de medicamentos como a enoxaparina sódica (Clexane ou Versa) em diferentes dosagens, fármaco que, segundo o PCDT do SUS, somente poderia ser dispensado durante internações hospitalares ou em atendimento em clínicas, vedando-se o uso ambulatorial requerido pela parte. Observou-se, ainda, requerimentos de fármacos incorporados feitos em razão da sua falta na rede pública (8,4%), indicando problemas na gestão da AF ou orçamentários, nos últimos anos, sobretudo, em razão da crise que atingiu o estado do Rio de Janeiro.

Para Travassos et al.⁷, o dilema é semelhante ao posto aos juízes, no sentido do embate entre o direito individual do requerente a um tratamento ou medicamento e as necessidades de toda a população. Assim, para o magistrado, constituiria um equívoco considerar o não fornecimento de determinado serviço a um indivíduo como aplicação do direito à saúde, ao considerar que as leis enfatizam o direito individual à saúde, levando ao questionamento de como avaliar o direito de um indivíduo em relação ao do outro. Ou ainda, impõe-se um conflito de direitos, considerando-se que a quase totalidade das ações judiciais na área de saúde são individuais e que o indeferimento poderia acarretar o comprometimento

irreversível ou mesmo o sacrifício de bens essenciais, como a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana.

Quanto ao número expressivo de laudos particulares, acreditamos que poderia indicar que a parte requereu o medicamento para uso fora da rede do SUS, o que corroboraria o observado por Medeiros et al.⁸, que afirmam que há um ‘público misto’ capaz de custear consultas e eventuais exames na rede particular, mas que se vale do SUS para obtenção de medicamentos de maior custo, afetando a justiça distributiva do sistema da saúde. Os pedidos de enoxaparina sódica, por exemplo, deram-se, em sua totalidade, por meio de laudos de médicos particulares.

Os medicamentos mais demandados inicialmente não estavam incorporados à Rename⁹. No sistema público, por exemplo, somente são oferecidas as insulinas regular e NPH. As insulinas análogas de ação prolongada (glargina, detemir e degludeca) foram submetidas à análise da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS¹⁰ (Conitec), em 6 de dezembro de 2018, que recomendou a não incorporação da referida tecnologia no SUS para o tratamento da diabetes mellitus tipo I. Já as insulinas análogas de ação rápida (asparte, lispro e glulisina) foram incorporadas ao SUS em fevereiro de 2017, o que pode indicar pressão da indústria farmacêutica para a incorporação da tecnologia, já que, em setembro de 2016, a Conitec¹⁰ opinou contrariamente à incorporação, recomendando que a matéria fosse enviada à consulta pública.

O cloridrato de cinacalcete (Mimpara), indicado para o tratamento do hiperparatireoidismo secundário à doença renal de pacientes em diálise e refratários à terapia convencional, foi avaliado pela Conitec¹⁰ e, em 15 de outubro de 2015, recomendado para incorporação na Rename⁹. Muitos pedidos se deram em razão da não disponibilidade do medicamento após a incorporação, com demora na disponibilização pela rede pública.

A Conitec¹⁰, no dia 9 de maio de 2018, recomendou a incorporação no SUS de

adalimumabe como primeira linha de tratamento biológico após falha da terapia padrão e secuquinumabe como segunda linha de tratamento biológico após falha do adalimumabe no tratamento da psoríase moderada a grave, já estando incorporado para tratamento de outras síndromes, como artrite reumatoide, desde junho de 2012.

O ranibizumabe foi avaliado pela Conitec¹⁰ em outubro de 2015, concluindo-se que era eficaz e seguro, mas se equiparava em eficácia e segurança ao bevacizumabe, que teve a incorporação recomendada em razão da relação custo-efetividade no tratamento do edema macular diabético. Como o medicamento consta na Rename⁹ para tratamento de outras doenças, os requerimentos caracterizavam uso fora dos PCDT, havendo informação nos pareceres do NAT em 2018 de que a Conitec faria nova avaliação.

Embora as cortes superiores e o CNJ já apontem na direção de uma maior ponderação e avaliação mais qualificada dos pedidos na área de saúde, observando-se requisitos padronizados e com maior rigor científico por parte dos magistrados, pelo menos desde 2010 com a Recomendação n° 31 do CNJ¹¹, ainda se percebia forte resistência dos magistrados em analisar mais detidamente o Parecer do NAT e requerer maiores subsídios técnicos para prolatar a decisão, ao menos antes do julgamento do tema 106 do STJ de 2018.

Observe-se que embora o Enunciado n° 5 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ estabelecesse que se deveria evitar o processamento de ações que requeressem medicamentos não registrados pela Anvisa³, *off label* e experimentais¹², o referido Enunciado foi revogado em 18 de março de 2019.

Na capital do estado, a partir da implantação da Câmara de Resolução de Litígios em Saúde (CRLS) em 2014, muitos requerimentos de medicamentos passaram a ser deferidos sem a intervenção do judiciário. Entretanto, pedidos de medicamentos fora dos PCDT do SUS, ou ainda não incorporados, mesmo assim necessitam de ordem judicial para sua obtenção.

Não há como negar a forte pressão para incorporação no SUS de novas tecnologias e medicamentos, e que um dos instrumentos vem sendo a judicialização, que talvez pudesse ser minimizada com maior discussão e transparência sobre as deliberações das políticas de saúde pública, inclusive com reforma do currículo das carreiras médicas para que passem a dar atenção ao funcionamento do SUS, que deveria ser o sistema privilegiado. A maioria dos magistrados e dos profissionais da área médica parecem desconhecer o propósito coletivo do SUS.

O TJRJ e o CNJ têm envidado esforços para diminuir a judicialização da saúde com a criação de mecanismos administrativos prévios, como a CRLS em saúde e com a promoção de audiências públicas sobre o tema.

Com a crise financeira que atingiu o País, uma nova perspectiva deve se abrir ao tema no sentido de questionar se a parte demonstrou a não adequação dos PCDT existentes, tendo em vista que grande número de ajuizamento são de medicamentos para doenças crônicas, cujo uso se dará por tempo indeterminado, não havendo informação acerca do uso anterior dos PCDT do SUS, demonstrando que a maioria dos médicos, mesmo os do serviço público, não têm conhecimento das listas de medicamentos e tecnologias ou dos PCDT do SUS.

A análise foi feita antes do julgamento do Tema 106 do STJ (RESP. RG 1.657.156/RJ do STJ), que irá impactar as decisões no sentido de maior questionamento; e espera-se de acatamento das evidências científicas demonstradas, bem como maior rigor na prolação de decisões.

Por fim, é proposto um fluxograma decisório baseado no Tema 106 do STJ que seguiria os passos seguintes: o pedido inicial do medicamento tem laudo médico fundamentado e circunstanciado da imprescindibilidade do uso pelo paciente e da não adaptação pelo paciente dos PCDT do SUS. Se sim, cabe julgar se a parte tem capacidade financeira de adquirir o medicamento solicitado. Se não, cabe decisão requerendo adequação do laudo médico. Em

havendo hipossuficiência financeira da parte, recorrer ao parecer do NAT visando à confirmação do registro do medicamento na Anvisa e da concordância entre a indicação clínica e o laudo médico. Em caso afirmativo, o pedido é julgado procedente e deferido. Em caso negativo, o pedido é julgado improcedente conforme art. 927, II do CPC – Tema 106 STJ. A partir do julgamento do tema 106 do STJ, não se pode mais ignorar a necessidade de observar as evidências científicas de eficácia e relação custo e risco/benefício dos medicamentos pleiteados, cabendo sempre fazer valer prioritariamente a escolha do administrador público, isto é, o uso do PCDT escolhido pelo SUS com base em critérios técnicos e científicos.

Considerações finais

Os juízes basicamente fundamentam as sentenças procedentes com argumento constitucional do art. 196 da CF, de que a saúde é direito de todos e dever do Estado (94,6% dos casos), e pelo art. 6º da Lei nº 8.080/90 que afirma a assistência terapêutica e farmacêutica integral do maior parte das sentenças afasta as teses de mérito das fazendas públicas, embora sem maiores fundamentações (65,2%), utilizando-se ainda de jurisprudências do TJRJ, do STJ e do STF como fundamento (85,5%) da solidariedade entre os entes e integralidade do direito à saúde, além do argumento técnico.

Colaboradores

Saad EM (0000-0002-3924-6230)* e Braga J (0000-0001-5247-007X)* contribuíram para a concepção, o planejamento, a análise e a interpretação dos dados. Maciel EMG (0000-0002-9095-3141)* contribuiu para o planejamento, a análise e interpretação dos dados, revisão crítica e aprovação da versão final ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
2. Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências [internet]. Diário Oficial da União. 20 Set 1990. [acesso em 2019 jan 10]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.
3. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Termo de referência: grupo de trabalho em promoção de medicamentos: proposta para o plano de trabalho 2008 -2009. Rede PANDRH [internet]. [S.l.]: ANVISA; 2008. [acesso em 2018 nov 10]. Disponível em: http://new.paho.org/hq/dmdocuments/2009/GT_PMTReferencia.pdf.
4. Jusbrasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - apelação / reexame necessário: reex 03805262420108190001 Rio de Janeiro capital 9 vara faz pública - inteiro teor [internet]. Rio de Janeiro: Jusbrasil; 2013. [acesso em 2018 nov 10]. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381906934/apelacao-reexame-necessario-reex-3805262420108190001-rio-de-janeiro-capital-9-vara-faz-publica/inteiro-teor-381906937>.
5. Catanheide ID, Lisboa ES, Souza LEPEF. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis (Rio J)*. 2016; 26(4):1335-1356.
6. D'Espíndula TCAS. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. *Rev bio-ét (Impr)*. 2013; 21(3):438-447.
7. Travassos DV, Ferreira RC, Vargas AMD, et al. Judicialização da Saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. *Ciênc. Saúde Colet*. 2013; 18(11):3419-3429.
8. Medeiros MM, Diniz D, Schwartz IVD. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciênc. Saúde Colet*. 2013; 18(4):1089-1098.
9. Brasil. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2018 [internet]. Brasília, DF: Ministério da Saúde; 2018. [acesso em 2019 fev 1]. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/dezembro/07/Rename-2018-Novembro.pdf>.
10. Brasil. Ministério da Saúde. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (Conitec). Adalimumabe, etanercepte, infliximabe, secuquinumabe e ustequinumabe para psoríase moderada a grave: relatório de recomendação. Brasília, DF: Ministério da Saúde; 2018.
11. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde [internet]. Diário de Justiça Eletrônico CNJ. 30 Mar 2010. [acesso em 2019 mar 18]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>.
12. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça [internet]. [Brasília, DF]: CNJ, 2019. [acesso em 2019 mar 18]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/fa749133d8cfa251373f867f32fbb713.pdf>.

Recebido em 01/08/2019
Aprovado em 15/10/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

Acesso aos medicamentos: aplicação da seletividade constitucional no imposto sobre circulação de mercadorias e serviços

Access to medicines: application of constitutional selectivity in tax on circulation of goods and services

Letícia D'Aiuto de Moraes Ferreira Michelli¹, Maria Aglaé Tedesco Vilardo^{1,2}, Rondineli Mendes da Silva¹

DOI: 10.1590/0103-11042019S408

RESUMO O acesso aos medicamentos pode ser limitado pelos seus altos preços impactados pela tributação, especialmente pelo Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). O artigo problematiza a aplicação do princípio constitucional da seletividade no ICMS e sua repercussão na carga tributária dos medicamentos, com reflexo na capacidade de pagamento de medicamentos pelos cidadãos. O método foi de revisão de literatura, com base em documentos, em normas e no referencial teórico de Carrazza. O artigo está dividido em três seções: Caracterização do panorama geral dos tributos incidentes nos medicamentos; Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços e Princípio da seletividade como vetor da dignidade da pessoa humana. Identificaram-se alguns contrapontos doutrinários, trazendo, importantes debates sobre a aplicação da seletividade prevista na Constituição brasileira. Verificou-se existência de benefícios fiscais envolvendo os tributos federais aplicáveis sobre os medicamentos no sistema tributário nacional. Conclui-se que a não aplicação do princípio da seletividade no ICMS pode ensejar problemas, especialmente no abandono do tratamento e na ocorrência de gastos superiores ao que as famílias podem suportar, o que afronta o princípio da universalidade da saúde tornando difícil sua equidade.

PALAVRAS-CHAVE Acesso a medicamentos essenciais e tecnologias em saúde. Direito à saúde. Preço de medicamento. Constituição e estatutos.

ABSTRACT *Access to medicines may be limited by their high prices impacted by taxation, especially the Tax on Circulation of Goods and Services (ICMS). This paper discusses the application of the principle of selectivity in the ICMS and its impacts on the tax burden of medicines, with a reflection on the ability of citizens to pay for medicines. The method was literature review, based on documents, norms and theoretical background of Carrazza. The article is divided into three sections: General overview of taxes on medicines; Tax on Circulation of Goods and Services and Principle of selectivity as a vector of human dignity. It was also sought to debate the doctrinal counterpoints, bringing important discussions on the application of selectivity foreseen in the Brazilian Constitution. It was possible to verify tax benefits involving the applicable federal taxes on medicines in the national tax system. It is concluded that the non-application of the principle of selectivity in the ICMS can cause problems, especially regarding the abandonment of treatment and in the occurrence of higher expenses than families can afford, which violates the principle of universality of health making its equity difficult.*

¹Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
leticia.daiuto@gmail.com

²Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.

KEYWORDS *Access to essential medicines and health technologies. Right to health. Drug price. Constitution and bylaws.*



Introdução

A acessibilidade financeira das pessoas e dos governos é condição significativa para efetivação do direito constitucional à saúde, que também deve ser observada quando se discute a incidência dos tributos¹. Ao mesmo tempo, os custos em saúde têm sido uma crescente preocupação dos governos e dos setores privados, o que representa um desafio na dinâmica da prestação à saúde e de seu financiamento.

Nesse cenário, os altos preços são barreiras de acesso a medicamentos, pois esses produtos são de primeira necessidade e basilares na atenção à saúde, e, por isso, vêm recebendo atenção por parte dos governos nas discussões relativas às consequências no gasto em saúde nas últimas décadas^{2,3}.

As despesas com produtos farmacêuticos possuem impacto nos orçamentos familiares⁴, principalmente para aquelas mais pobres, que, proporcionalmente, comprometem grande parte de seu orçamento para sua aquisição, o que evidencia a existência de problemas de equidade no acesso a medicamentos no Brasil.

Tal situação fica mais patente quando se verifica o grande desequilíbrio nas despesas com medicamentos como consumo final de bens e serviços de saúde por produto, pois mostram que o desembolso direto pelas famílias representa proporção de quase 90%, e o restante, a cargo dos entes governamentais, conforme os dados da conta satélite de saúde, reportado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁵, no período 2010-2015.

O direito tributário brasileiro é complexo, com inúmeros tributos e normas. Há, em regra, cinco classes de tributos: impostos, contribuições especiais, empréstimos compulsórios, taxas e contribuições de melhoria¹. Em relação aos impostos, estes não possuem qualquer vinculação de receita, ou seja, os valores arrecadados não precisam ser utilizados em atividade específica estatal, enquanto para os demais, há algum tipo de destinação prevista⁶.

A carga tributária no Brasil se revela uma das maiores do mundo⁷, permanecendo, na

década de 2000-2010, em 29,0% do Produto Interno Bruto e chegando a relevantes 47,4% nos produtos de consumo. Tal realidade acaba por impactar todos os setores da economia, o que inclui a assistência farmacêutica.

Ainda que o panorama em questão seja aplicável à tributação de todos os segmentos no Brasil, sua incidência na cadeia produtiva do setor farmacêutico (indústria, distribuição, varejo) mostra-se especialmente relevante não só por existirem regras ainda mais específicas para esses tipos de produtos e serviços, mas, sobretudo, por envolver o tema da saúde.

Nessa área, verifica-se que há grande impacto do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) no preço final levado ao consumidor, tendo em vista as altas alíquotas desse tributo e a sua incidência de maneira geral nos medicamentos⁸.

O ICMS é o maior responsável pela alta carga tributária incidente sobre os medicamentos⁷, tendo em vista suas elevadas alíquotas em comparação aos demais tributos e as poucas políticas fiscais de desoneração, por razões que devem ser compreendidas. Assim, temos que o ICMS é verdadeiro imposto indireto, incidente, especialmente, na venda de mercadorias, com o recolhimento realizado pelas sociedades empresárias e cujo repasse e ônus são diretamente suportados pelo consumidor, visto que estão embutidos no preço final do produto.

Nesse sentido, a observação da justiça fiscal e da violação à capacidade contributiva são elementos centrais, isso porque, sendo o montante de atributo igual, independentemente de quem o compra, é evidente que o repasse ensejará maior ônus para os mais pobres, especialmente quando tratamos de produtos essenciais, como os medicamentos. Isso lança luz e crítica ao chamado ‘efeito regressivo’ da tributação, ou seja, que os valores pagos a título de tributo acabem por ser proporcionalmente maiores, exatamente para população com menor renda, característica dos tributos indiretos, entre os quais, o ICMS^{9,10}.

Discutir a regressividade implica, ainda, analisar a aplicação justa e constitucional da lei tributária, ou seja, se tal aplicação se coaduna com a concepção de justiça fiscal e quais critérios delimitam uma tributação capaz de promover os objetivos descritos no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, observando ainda o papel da capacidade contributiva para a construção desse sistema¹¹.

Essa complexa temática, ainda pouco estudada no campo da saúde coletiva no Brasil, deve ser marcada pelo diálogo entre os profissionais da saúde e do direito, visando melhorar o acesso a medicamentos pela população.

Assim, o objetivo deste artigo é discutir e problematizar a aplicação do princípio da seletividade no ICMS e seus possíveis impactos na carga tributária dos medicamentos a partir da revisão da literatura, em que se incluem desde textos clássicos e seminais, como produções recentes sobre o tema com destaque aos elementos sobre o cenário tributário de medicamentos e a aplicação de dispositivos constitucionais.

O presente artigo tem por base a pesquisa de dissertação de mestrado sobre incidência de imposto, em especial, o ICMS sobre medicamentos e a possibilidade de aplicação do princípio da seletividade para tornar o preço desse insumo mais acessível à população.

Após o percurso metodológico, são apresentados alguns pontos divididos em três sessões. Na primeira, caracteriza-se o panorama geral dos tributos incidentes nos medicamentos. Na segunda, confere-se destaque ao tributo ICMS no contexto brasileiro. Na terceira seção, expõe-se o debate sobre a aplicação do princípio da seletividade, previsto na CRFB, a qual deveria considerar atributos de essencialidade dos bens consumidos, em especial, os medicamentos e seu possível impacto na redução dos preços de medicamentos e melhor acesso a esses produtos, como vetor da dignidade da pessoa humana. Finalmente, é apresentada a conclusão no sentido do benefício da aplicação do princípio da seletividade.

Percurso metodológico

Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, desenvolvido a partir de revisão narrativa da literatura, tanto científica quanto normativa, e que envolveu análise de documentos públicos de acesso livre. Além disso, incluiu consulta a livros devidamente publicados sobre o tema e questões correlatas.

A despeito da importância constitucional do princípio da seletividade, o presente trabalho alinhou-se com a doutrina dissonante sustentada por literatura publicada por Roque Carrazza¹⁰, a qual advoga a obrigatoriedade de aplicação desse princípio também para o ICMS, tendo em vista sua ligação direta com a garantia da dignidade da pessoa humana no âmbito tributário.

O ICMS foi o tributo escolhido, pois, como anteriormente ressaltado, reflete atualmente o imposto com maior impacto sobre os medicamentos, ante a alta alíquota aplicável. Ademais, o imposto em questão é um dos grandes responsáveis pela arrecadação dos entes públicos estaduais e possui um panorama regulatório complexo, perante a liberdade de os entes federativos legislarem sobre o tema. Existem outros fatos geradores de ICMS, para além da simples circulação de mercadorias, tais como a importação e a exportação. Não obstante, tais hipóteses não foram estudadas no presente trabalho, visto que o foco principal da pesquisa está no fato gerador de maior frequência e impacto no mercado farmacêutico nacional.

Inicialmente, foi realizada busca em diversas bases de dados, como a Biblioteca Digital Jurídica (BDJur), que é um repositório mantido pelo Superior Tribunal de Justiça; a Biblioteca Virtual em Saúde (BVS); o Banco de Teses da Capes e Google Acadêmico, com a utilização das palavras-chave ‘carga’ and ‘tributaria’ and ‘medicamentos’ and ‘ICMS’. Outra base consultada foi o repositório Sophia, pertencente ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com a utilização das palavras-chave ‘ICMS’, ‘seletividade’ e ‘medicamentos’.

A estratégia de busca com as palavras-chave (rubricas) utilizadas e já supramencionadas retratam os aspectos nodais que buscaram atingir produções acadêmicas que tratem, ainda que de maneira tangencial, os temas em questão, com o objetivo de capturar diferentes reflexões e posicionamentos doutrinários. Selecionaram-se, assim, textos publicados em português ou inglês, pois a temática é muito específica ao contexto brasileiro. No entanto, é preciso considerar que o tema ora abordado envolve questões jurídicas e é extremamente específico, visto que o direito tributário brasileiro é único no mundo. Em que pese a existência de artigos internacionais sobre a carga tributária de medicamentos, o próprio ICMS, principal objeto da pesquisa, não possui equivalente internacional, de maneira que a maior parte das referências importantes poderiam estar publicadas em português.

Essas fontes de informações foram utilizadas tendo em vista sua grande quantidade de acervo envolvendo temas do direito pátrio e de saúde, indústria farmacêutica e área médica. Não foram inseridos regulamentos que abordaram: a) de maneira extremamente genérica o imposto em questão; b) aqueles que envolviam outras áreas do direito que não a tributária e c) os que discutam aspectos dos medicamentos distantes de sua precificação.

Com intenção de levantar o cenário relativo aos convênios de desoneração tributária

concernente aos medicamentos, foi realizada busca manual no site do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), de acesso público e que possui, de forma ordenada ano a ano, a publicação dos convênios.

Por todo o exposto, verificou-se que as regulações, leis, convênios e outros instrumentos normativos constituíram-se em fonte de dados de altíssimo valor, visto que, a partir do destaque e da análise de seus dispositivos, foi possível vislumbrar o contexto em que o setor farmacêutico está inserido no Brasil, em termos regulatórios e tributários.

Finalmente, a CRFB, instrumento máximo de efetivação da dignidade humana e diploma legal brasileiro mais importante, foi a fonte de maior relevo, uma vez que nela se origina o conceito de seletividade, essencialidade e justiça tributária, pontos nodais do trabalho.

Caracterização do panorama geral dos tributos incidentes nos medicamentos

No caso da cadeia farmacêutica, os tributos de maior relevância para a atividade são o ICMS, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Programa de Integração Social (PIS), o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins)¹² (*quadro 1*).

Quadro 1. Tributação da cadeia produtiva do setor farmacêutico (indústria, distribuição, varejo)

Tributo	Sigla	Alíquota	Competência
Imposto sobre Produtos Industrializados	IPI	Segue Tipi Federal	Federal
Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação	ICMS	0 a 20%	Estadual
Programa de Integração Social	PIS	1,65%	Federal
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social	Cofins	7,6%	Federal
Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza	ISS	2 a 5%	Municipal
Imposto sobre Importação	II	0 a 20%	Federal
Fundo de Garantia do Tempo de Serviço	FGTS	8%	Federal

Quadro 1. (cont.)

Imposto sobre Operações Financeiras	IOF	6%	Federal
Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica	IRPJ	15%	Federal
Contribuição sobre o Lucro Líquido	CSLL	8%	Federal
Contribuição Previdenciária	INSS	28,8%	Federal

Fonte: Elaboração própria a partir de Perilo et al.⁷.

Tipi: Tabela do Imposto sobre Produtos Industrializados.

Considera-se que a tributação total em medicamentos está estimada em torno de 33,1% de seu preço final de venda⁷, o que revela, desde já, a relevância de estudo do tema.

A composição de preços dos medicamentos no Brasil sofre regulação direta, nos termos do determinado pela Lei nº 10.742/2003, além da expedição de inúmeras Resoluções, entre outros regulamentos, especialmente da Câmara de Regulação de Medicamentos (CMED), para suas normatização e parametrização ante seu evidente impacto na qualidade de vida da população brasileira. A CMED é órgão multiministerial, tendo na Agência Nacional de Vigilância Sanitária a secretaria executiva^{13,14}.

No âmbito brasileiro, entre as estratégias existentes, fez-se a opção de controle de preços por meio do estabelecimento de tetos, quais sejam: preço de fábrica, preço máximo ao consumidor e preço máximo de venda ao governo.

Essa Câmara publica resoluções anuais com os preços máximos dos medicamentos a serem observados¹⁴. Também estabelece os preços a serem estabelecidos pelas empresas que pretendem gozar do regime especial de crédito presumido sob os medicamentos constantes na lista positiva.

Essa classificação em listas, positiva, negativa ou neutra (*quadro 2*), realizada de acordo com a classe do medicamento, sua relevância e definida pelo poder executivo; ensejará uma maior ou menor tributação de PIS/Cofins. A lista positiva propicia, na prática, a isenção de IPI sobre os medicamentos relacionados. No caso da lista negativa, o tributo somente será pago uma vez ao longo da cadeia, pelo fabricante – regime monofásico –, e o valor pago poderá ser utilizado como crédito ao final da cadeia produtiva. A lista neutra possibilita o regime de tributação comum, com a incidência de PIS/Cofins em cada etapa da cadeia¹².

Quadro 2. Lista de medicamentos para aplicação do PIS/Cofins

Lista de Medicamentos	Incidência	Cálculo
Positiva (são aqueles que dependem de prescrição médica – tarjas vermelha e preta)	Monofásica – 2,1% (PIS/Pa-sep) e 9,9% (Cofins)	Direito a crédito presumido. Carga efetiva zero.
Negativa (Medicamentos não mencionados no Decreto nº 3.803/01, mas com Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados enquadradas na Lei nº 10.147/00)	Monofásica – 2,1% (PIS/Pa-sep) e 9,9% (Cofins)	Sem direito a crédito presumido
Neutra	Plurifásica: 0,65% (PIS/Pa-sep) e 3,0% (Cofins)	
Regime monofásico: pagamento dos tributos de responsabilidade da indústria		
Regime plurifásico: pagamento dos tributos em cascata – em cada etapa de produção/comercialização		

Fonte: Adaptado a partir de Santos et al.¹⁵.

Da mesma forma, no caso do IPI, há estipulação de alíquota 0% de tributação para a grande maioria dos medicamentos, conforme se constata da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados prevista no Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016¹⁶.

Percebe-se a evolução, na esfera federal, da tributação sobre os medicamentos, visto que eles são tratados de maneira diferenciada no caso dos tributos de competência da União, de forma a beneficiar tais bens de consumo, essenciais para a vida humana.

Não obstante, o mesmo cenário não se aplica à incidência de ICMS, por possíveis motivos: esse imposto é o maior responsável pela alta carga tributária incidente sobre os medicamentos, com altíssimas alíquotas em comparação aos demais tributos e a dificuldade de criação de políticas fiscais efetivas de desoneração, além do fato da tributação ser de jurisdição das unidades federativas brasileiras.

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

O ICMS incide sobre 'operações relativas à circulação de mercadorias', envolvendo negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadorias ou quaisquer espécies de circulação¹⁷. Assim, a cada passo da etapa produtiva desde a fabricação, distribuição e venda, incidirá o imposto em questão.

Esse é um tributo de competência dos estados, não cumulativo, cujo fato gerador é a ocorrência de operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Adicionalmente, suas características mostram seu caráter extrafiscal^{18,19}.

Os estados, por meio de leis ordinárias, definem seus regulamentos próprios relativos a esse imposto, que envolvem regras internas, como, por exemplo, os mecanismos de transferências aos municípios, percentuais com

destinação interna a setores econômicos e/ou sociais, entre outros.

Ademais, a CFRB passou a dispor, em seu art. 155, § 2º, inciso III, a previsão constitucional da aplicação da seletividade ao tributo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços^{11,20}.

No caso do ICMS, foi previsto o estabelecimento de alíquotas mínimas e máximas nas operações externas, bem como as alíquotas interestaduais, por meio de resolução do Senado Federal. As alíquotas internas serão aplicáveis quando a operação não ultrapassar os limites territoriais daquele estado, enquanto as interestaduais envolvem operações em que a mercadoria se destina ao consumidor final, contribuinte ou não do imposto, com destino em estado diferente daquele de saída da mercadoria¹¹.

Nas operações internas, nas importações e nos serviços prestados ao exterior, os Estados fixam normalmente a alíquota básica de 17% ou 18%, enquanto, nas prestações de serviço de comunicação, as alíquotas são mais elevadas (25% ou mais)²¹. No Brasil, atualmente, a alíquota de ICMS entre os estados varia de 12% a 20%.

Dentro do vasto quadro normativo, a Resolução nº 22, de 19 de maio de 1989, do Senado Federal, estipulou alíquotas de ICMS aplicáveis para operações interestaduais, com valor de 12%. Nos casos de operações e prestações realizadas nas regiões Sul e Sudeste, as alíquotas serão de 7% quando destinadas às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e ao estado do Espírito Santo. Ressalte-se que, nas operações interestaduais, terá aplicação o chamado diferencial de alíquota, ou seja, ao estado destinatário caberá a diferença de alíquota entre a interestadual (menor) e a sua alíquota interna (maior). O objetivo desse mecanismo encontra-se em evitar a 'guerra fiscal' e redistribuir os valores de ICMS arrecadados. Isso porque, inexistente tal pagamento, haveria sempre maior venda das mercadorias produzidas em estados com menor alíquota de ICMS²².

O imposto realiza uma função na atividade econômica, envolvendo diversas operações. Ainda assim, prevalece a posição sustentada por Paulsen²² no sentido de que ‘circulação’ é transferência de titularidade, ou seja, somente há circulação quando a mercadoria é transferida de propriedade ou posse. Para o caso do ICMS, a base de cálculo será o valor da operação mercantil e o preço dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Acerca do ICMS, grande polêmica envolve o denominado ‘cálculo por dentro’, ou seja, a integração do próprio imposto em sua base de cálculo, que está prevista²³ no art. 13, § 1º, I da Lei Complementar nº 87/96.

Paulsen²² expõe a crítica doutrinária, no sentido de que a previsão legal acima acaba

por ensejar verdadeiro imposto sobre imposto, ao invés de imposto de operações mercantis, inclusive com violação da competência tributária. Constata-se, portanto, que a sistemática do ‘cálculo por dentro’ acaba por ensejar um aumento da alíquota efetiva no valor final a pagar, que jamais corresponderá à alíquota nominal fixada²¹.

O quadro 3 ilustra a diferença na forma de cálculo do tributo ‘por dentro’ e ‘por fora’, tal como ocorre em outros sistemas, como dos Estados Unidos da América. Constata-se a consequência da adoção de tal sistema: enquanto no ‘cálculo por fora’ a alíquota a ser paga pelo consumidor é de 25%, correspondente à própria alíquota nominal, no ‘cálculo por dentro’, a mesma alíquota nominal representará uma alíquota efetiva de 33%.

Quadro 3. Exemplo de cálculo do tributo ‘por dentro’ e ‘por fora’

Cálculo ‘por dentro’	Cálculo ‘por fora’
Preço inicial da mercadoria/serviço: R\$ 100	Preço inicial da mercadoria/serviço: R\$ 100,00
Alíquota nominal 25%	Alíquota nominal 25%
Montante cobrado do usuário: R\$ 133,33	Montante cobrado do usuário: R\$ 125,00
Nota fiscal: há o destaque do imposto para meros fins de controle	Nota fiscal: tem-se a adição do imposto ao valor da mercadoria/serviço

Fonte: Adaptado de Moreira e Teixeira²⁴.

Outro fator relevante aplicado aos medicamentos refere-se à existência de diversos convênios celebrados pelos estados no âmbito do Confaz com o objetivo de concessão de isenção tributária a produtos específicos, como o tratamento do HIV/Aids, itens para tratamento oncológico, entre outros.

Os Convênios são, dessa forma, o instrumento de maior relevância no direito brasileiro para a determinação de valores diferenciados de ICMS

aos medicamentos, tendo em vista a restrição determinada pelo art. 155, XII, ‘g’ da CRFB¹¹.

No entanto, constata-se, que a concessão de isenção de ICMS nos medicamentos abarca apenas um pequeno contingente (*quadro 4*), restringindo-se, na maior parte, para os casos de compras públicas e, no que se refere às compras privadas, em geral, aplica-se somente para doenças cujo combate foi objeto de grandes políticas governamentais¹.

Quadro 4. Convênio de isenções de ICMS para medicamentos emitidos pelo Confaz

Tema	Convênio
Isenções em compras públicas	Convênios ICMS nº 87/02, 26/12, 170/15 e 13/17
Isenções em medicamentos para tratamento de HIV	Convênios ICMS nº 70/87, 130/92, 51/94, 10/02
Isenções em medicamentos para tratamento de câncer	Convênios ICMS nº 162/94, 34/96, 104/01 e 114/14.
Isenções em medicamentos para tratamento de Dengue	Convênio ICMS nº 95/98
Isenções em soros e vacinas	Convênios ICMS nº 05/00 e 73/00
Isenções em medicamentos integrantes do programa Farmácia Popular	Convênios ICMS nº 56/05 e 81/08
Isenções em medicamentos utilizados em pesquisa com seres humanos	Convênios ICMS nº 09/07
Isenções em medicamentos para tratamento da Gripe A (H1N1)	Convênio ICMS nº 73/10

Fonte: Elaboração própria.

Princípio da seletividade como vetor da dignidade da pessoa humana

O panorama tributário nacional prevê a existência de múltiplos tributos indiretos, entre os quais, o ICMS, responsável pela maior parte da carga tributária, especialmente no âmbito dos medicamentos, como já amplamente retratado anteriormente.

O Constituinte de 1988, verificando que a existência de mesmas alíquotas para todas as mercadorias desrespeitava o princípio da igualdade e, no viés tributário, a ideia de capacidade contributiva, passou a prever, em seu art. 155, § 2º, III, a seletividade como vetor também para o ICMS¹¹, dispondo que esse imposto poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e serviços.

Assim, instaurou-se grande debate na doutrina pátria acerca da melhor interpretação do dispositivo em questão, dividindo-se entre aqueles que compreendem tratar-se de faculdade do legislador²⁵ a determinação de menor oneração tributária sobre determinadas mercadorias e aqueles, como Carrazza¹⁰, que entendem que a utilização da seletividade no ICMS é verdadeira determinação constitucional, ou seja, norma cogente. Para esse último autor, o princípio da seletividade é vetor de aplicação da dignidade da pessoa

humana no direito tributário e, desde modo, seu marco teórico é base sobre a qual explorou-se a discussão na sequência.

Ainda assim, a CRFB também elencou as chamadas “limitações ao poder de tributar”, dispostas em seu art. 150¹¹. Dessa forma, o princípio da igualdade, ou seja, a determinação de um tratamento idêntico pela lei; tratando desigualmente os casos desiguais, segundo critérios abrigados pelo sistema jurídico, foi elencado no inciso II do art. 150 como limite ao Estado quando da fixação das diretrizes de tributação²⁶.

No mesmo sentido e derivando da limitação acima apontada, a ideia de capacidade contributiva, ou seja, a capacidade econômica do indivíduo em contribuir para a manutenção do Estado, segundo Danilevicz²⁶, aparece dentro do direito tributário como verdadeiro garantidor da aplicação da igualdade, observando as desigualdades de renda existentes entre os diferentes indivíduos atendendo, ao menos em parte, a equidade na saúde. Desse modo, tais elementos tangenciam com preceitos doutrinários do Sistema Único de Saúde, especialmente no que tange o atributo da equidade.

Nos impostos indiretos, ou seja, naqueles cujo ônus final é repassado ao contribuinte de fato, a capacidade contributiva fica mitigada, visto que, nos termos acima expostos, o repasse da carga tributária é integralmente feito ao consumidor,

independentemente de sua renda. Assim, a tributação pesada sobre o consumo enseja evidente efeito regressivo, neste, incluindo a aquisição de medicamentos, já que todos os consumidores, independentemente de sua renda, arcam com o mesmo montante de impostos.

Exemplo desse fato no Brasil é a constatação de que, em 2005, aqueles que ganhavam até dois salários-mínimos pagavam 48,8% da renda em tributos, enquanto os que recebem mais de 30 salários gastavam 26,3%²⁷.

A tributação sobre o consumo acaba, assim, por agravar a desigualdade social, onerando ainda mais as camadas desfavorecidas da população. Sobre isso, vale retomar os dados que têm sido apresentados pelas pesquisas de orçamento familiar que já demonstram o ‘peso’ dos medicamentos para as parcelas mais pobres⁴, além dos dados das contas de saúde do IBGE⁵.

A manutenção desse sistema, segundo Ribeiro²⁸⁽¹³⁾, atende

muito mais aos interesses de arrecadação do Estado, a partir da perspectiva liberal de neutralidade e eficiência econômica do que à ideia de justiça fiscal, de combate à desigualdade ou de fortalecimento do Estado Social.

Por isso, o princípio da seletividade é essencial para, nas palavras de Danilevicz²⁶⁽²³⁷⁾,

minimizar as consequências da transferência do ônus tributário e aplicar, ainda que minimamente, o princípio da capacidade contributiva àqueles que acabam pagando o tributo inserido no preço do produto, mercadoria ou serviço.

A prevalência da noção de justiça distributiva enseja a concepção de que não só a arrecadação é relevante, mas que a destinação de recursos precisa ser voltada no sentido da equidade, seja para reduzir as desigualdades econômicas entre os grupos e regiões^{29,30}, investigando-se de que forma cada cidadão pode contribuir com as despesas públicas²⁶ e elegendo-se a capacidade contributiva como verdadeira forma de limite à despesa pública.

Portanto, o fundamento moral do direito tributário seria a construção de uma sociedade cooperativa e igualitária²⁸, de um bem comum e universalidade da saúde.

A crítica, já explanada quando da análise da desigualdade gerada pela excessiva tributação sobre o consumo e a necessidade de construção de um sistema tributário voltado para a tributação sobre a renda, culmina na questão da grave oneração gerada pelos impostos indiretos, incidentes justamente sobre o consumo, com implicações à população com menor renda.

Surge, assim, a seletividade como viabilizadora da capacidade contributiva nos impostos indiretos, buscando determinar que a tributação ocorra de maneira proporcional à essencialidade do bem consumido e garantir a redução da regressividade inerente à transferência da repercussão tributária ao consumidor final.

Assim é que o princípio da seletividade está diretamente ligado ao conceito de essencialidade, determinando que o ônus econômico de um tributo recaia sobre mercadorias e serviços na razão direta de sua superfluidade e na razão inversa de sua necessidade, tornando-se como parâmetro o consumo popular, segundo Carraza¹⁰.

É lógico afirmar que quanto mais essencial determinado produto é para a vida digna, menor deve ser a tributação de ICMS sobre seu preço final. Isso possibilita menor custo de aquisição de itens básicos e maior acessibilidade, a fim de que seja aplicado o princípio da justiça, reconhecendo-o como direito humano.

Ressalte-se que a seletividade pode ser aplicada por meio de várias formas de alteração quantitativa da carga tributária, não somente por intermédio da variação de alíquotas, mas também a de bases de cálculo, criação de incentivos fiscais e a concessão de crédito presumido, que são exemplos de mecanismos de efetivação da seletividade¹⁰.

No caso dos medicamentos, é importante destacar a diferença entre a essencialidade para fins de aplicação da seletividade, prevista na CRFB, daquela classicamente utilizada pela Organização Mundial da Saúde. Essa instância internacional apresentou há muitos anos o

clássico conceito de medicamentos essenciais, referindo-se aqueles prioritários segundo sua relevância para a saúde pública, obedecendo critérios de evidência de segurança, eficácia e custo-efetividade².

Sem dúvida, o preço dos medicamentos, de pouca variação da demanda em função do preço, afeta diretamente a capacidade aquisitiva por parte dos pacientes, o que pode levar a situações extremas, como altos gastos das pessoas ou abandono do tratamento³¹, por isso a importância de tratamento tributário diferenciado como uma forma de melhorar o acesso a medicamentos no País.

Considerações finais

A ideia de justiça fiscal e a efetivação da dignidade da pessoa humana, no prisma do direito tributário, perpassam pela aplicação cogente do princípio da seletividade no ICMS, ampliando o acesso aos bens de primeira necessidade, tais como os medicamentos.

A existência de um sistema tributário não pode, simplesmente, calcar-se nos critérios econômicos, preocupando-se tão somente com a máxima eficiência dos recursos e com a melhor fórmula para o crescimento. Mostra-se necessária, assim, a adoção de um critério ético-legal, capaz de conciliar as buscas econômicas e as questões sociais.

O direito tributário possui impacto diário

sobre a vida dos cidadãos brasileiros, mas, devido ao inúmero feixe de regras e especificidades, acaba incompreendido pela maioria da população. Essa situação demonstra-se evidentemente prejudicial, visto que aquilo que é desconhecido permanece imune às críticas e construções, constituindo-se como um saber distante.

Não há dúvidas, portanto, de que, quando efetivada a justiça tributária, reconhecido o caráter essencial dos medicamentos e adequada a incidência de ICMS por meio do princípio da seletividade, o acesso da população ao tratamento pode ganhar amplitude, efetivando-se o direito constitucional à saúde. Privilegia-se, assim, o Direito Tributário como vetor de justiça social e mitigador da desigualdade, que, sem descuidar da arrecadação do Estado, é capaz de atentar-se para as necessidades mais profundas do ser humano, respeitando e reforçando a dignidade da pessoa humana.

Colaboradores

Michelli LAMF (0000-0002-9101-121X)* contribuiu para a concepção, elaboração, análises e aprovação da versão final do manuscrito. Vilardo MAT (0000-0002-6632-2622)* contribuiu para a revisão crítica do conteúdo e aprovação da versão final. Silva RM (0000-0002-6243-5179)* contribuiu para o planejamento, revisão crítica do conteúdo e aprovação da versão final. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Michelli LAMF. A carga tributária do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços: a aplicação do princípio da seletividade nos medicamentos [dissertação]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz; 2019.
2. Luiza VL, Bermudez JAZ. Acesso a medicamentos: conceitos e polêmicas. In: Oliveira MA, Bermudez JAZ, Esher A. Acesso a Medicamentos: derecho fundamental, Papel del Estado. Rio de Janeiro: Fiocruz/Opas/OMS; 2004. p. 45-67.
3. Belloni A, Morgan D, Paris V. Pharmaceutical Expenditure and Policies: Past Trends and Future Challenges. *Health Working Papers*. 2016; 87. 75 p.
4. Garcia LP, Sant'Anna AC, Magalhães LCG, et al. Gastos das famílias brasileiras com medicamentos segundo a renda familiar: análise da Pesquisa de Orçamentos Familiares de 2002-2003 e de 2008-2009. *Cad. Saúde Pública*. 2013; 29(8):1605-1616.
5. Brasil. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Conta-satélite de saúde: Brasil, 2010-2015. Rio de Janeiro: IBGE; 2017. 71 p.
6. Baleeiro A, Derzi MAM. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2010. 1412 p.
7. Perilo E, Amorim MC, Britto A. Tributos e Medicamentos. São Paulo: Cultura Acadêmica; 2012. 161 p.
8. Magalhães LCG, Tomich FA, Silveira FG, et al. Tributação e dispêndio com saúde das famílias brasileiras: avaliação da carga tributária sobre medicamentos. *Planej polít públicas* [internet]. 2001 [acesso em 2018 abr 12]. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/68/78>.
9. Danilevicz RBJ. O Princípio da Essencialidade na Tributação. *Rev. Fac. Direito Univ. Fed. Rio Gd. Sul*. 2011; 28:135155.
10. Carrazza RA. ICMS. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2012.
11. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.
12. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Tributos incidentes sobre o setor de produtos para saúde [internet]. Brasília, DF: Anvisa; 2015 [acesso em 2018 set 16]. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33884/412118/Tributos+incidentes+sobre+o+setor+de+produtos+para+sa%C3%BAde/4eb639c6-26ba-47be-bb79-653932466ca6>.
13. Miziara NM, Coutinho DR. Problems in the regulatory policy of the drug market. *Rev. saúde pública* (Online) [internet]. 2015 [acesso em 2018 jan 22]; 49:35. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102015000100226&lng=en&lng=en.
14. Dias LLS, Santos MAB, Pinto CDBS. Regulação contemporânea de preços de medicamentos no Brasil – uma análise crítica. *Saúde debate*. 2019; 43(121):543-558.
15. Santos MAB, Castro CGSO, Silva RM, et al. Preços de Medicamentos no Brasil – um guia rápido para profissionais da saúde pública. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz; 2017.
16. Brasil. Presidência da República. Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016. Aprova a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI. *Diário Oficial da União*. 12 Dez 2016.
17. Melo JES. ICMS: Teoria e prática. 11. ed. São Paulo: Dialética; 2009.
18. Harada K. ICMS: Doutrina e prática. São Paulo: Atlas; 2017.
19. Bergamini A. O ICMS sobre a comercialização de energia elétrica e o princípio da seletividade. *Rev. Estud. Tribut*. 2008; 62:36-47.

20. Machado HB. ICMS no fornecimento de energia elétrica: questões da seletividade e da demanda contratada. *Rev. Dialét. Direito Tribut.* 2008; 155:48-56.
21. Paulsen L, Melo JES. Impostos: federais, estaduais e municipais. 5. ed., rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2009. 442 p.
22. Paulsen L. Curso de direito tributário completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva; 2017. 519 p.
23. Brasil. Presidência da República. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (Lei Kandir). *Diário Oficial da União*. 16 Set 1996.
24. Moreira AM, Teixeira AGS. O Cálculo por dentro do ICMS: entre a Indesejada Tradição e a Inconstitucional Inovação. *Rev. Dialét. Direito Tribut.* 2013; 219:14.
25. Machado HB. Aspectos fundamentais do ICMS. 2. ed. São Paulo: Dialética; 1999.
26. Danilevicz RBJ. O Princípio da Essencialidade na Tributação. *Rev. Fac. Direito Univ. Fed. Rio Gd. Sul.* 2011; 28:135-55.
27. Buffon M, Matos MB. Os malefícios do neoliberalismo no modo de tributar brasileiro. *Rev. Financ. Públicas* [internet]. 2013 [acesso em 2018 ago 28]; 1(1):1-23. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/5626/4223>.
28. Ribeiro RL. Estudos de Direito Tributário – volume 2 – Tributação e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Ágora 21; 2016.
29. Baleeiro A, Derzi MAM. Direito tributário brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2010. 1063 p.
30. Neto JSR. A tributação e a teoria de justiça de John Rawls: Planejamento tributário e justiça social. *Rev. Pensar Direito* [internet]. 2013 [acesso em 2018 set 28]; 4. Disponível em: http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a122.pdf.
31. Luiza VL, Tavares NUL, Oliveira MA, et al. Gasto catastrófico com medicamentos no Brasil. *Rev. saúde pública* [internet]. 2016 [acesso em 2018 dez 17]; 50(supl2):15s. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102016000300302&lng=en&tlng=em.

Recebido em 09/08/2019
Aprovado em 15/10/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

Decisões estruturais em demandas judiciais por medicamentos

Structural decisions in lawsuits for medication

Rafael Rezende das Chagas¹, Aldo Pacheco Ferreira², André Luiz Nicolitt¹, Maria Helena Barros de Oliveira²

DOI: 10.1590/0103-11042019S409

RESUMO A promoção da saúde pública no Brasil tem exibido montantes crescentes; e a judicialização da saúde é um fenômeno em contínuo aumento, representando gastos extraordinários, lastreados em decisões judiciais, refletidos em impacto orçamentário não necessariamente advindos de decisões dos poderes Legislativo e Executivo. Nesse jaez, a forma de prestação da tutela jurisdicional também é analisada, na busca por compreender tendências de julgamento e formas de solução de conflitos sobre medicamentos via decisões judiciais, na realidade do Judiciário brasileiro. Para tanto, o trabalho utiliza o método hipotético dedutivo, por meio da revisão doutrinária e jurisprudencial, além da legislativa. Com o objetivo de apresentar uma alternativa à problemática sistêmica quanto à (não) prestação eficiente de medicamentos e fármacos pelo Sistema Único de Saúde e o abarrotamento de ações no Poder Judiciário, o presente artigo desenvolve, além dos comentários acerca do ativismo judicial, das demandas coletivas, das mutações constitucionais e da ponderação de interesses, outrossim, a discussão acerca da inserção e da utilização de decisões estruturais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por finalidade ofertar uma singela contribuição aos debates sobre o aperfeiçoamento contínuo do Estado Constitucional de Direito.

PALAVRAS-CHAVE Saúde pública. Sistema Único de Saúde. Decisões judiciais. Acesso a medicamentos essenciais e tecnologias em saúde. Direitos humanos.

ABSTRACT *The promotion of public health in Brazil has shown increasing amounts; and the judicialization of health is a phenomenon in continuous growth, representing extraordinary expenses, backed by judicial decisions, reflected in budgetary impact not necessarily coming from decisions of the Legislative and Executive branches. In this sense, the form of judicial protection provision is also analyzed, aiming to understand the tendencies of trial and forms of solution of conflicts over medication via judicial sentences, in the realm of the Brazilian Judiciary System. In order to do so, the work uses the hypothetical deductive method, through doctrinal and jurisprudential revision, in addition to the legislative research. With the objective of presenting an alternative to the systemic problem regarding the (non) efficiency over the supplying of drugs and medicines by the Unified Health System (SUS) and the crowding of lawsuits with the Judiciary, the present article develops, in addition to the comments on judicial activism, collective demands, constitutional changes. and the weighting of sentences, as well as the discussion about insertion and use of structural injunctions in the Brazilian legal system, with the aim of offering a humble contribution to the debates about the continuous improvement of the Constitutional State of Law.*

KEYWORDS *Public health. Unified Health System. Judicial decisions. Access to essential medicines and health technologies. Human rights.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
rafaelrezende@tjrj.jus.br

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

Na ciência histórica e política, o Estado constitucional – em um amplo sentido formal do termo – designa um Estado no qual o poder estatal é instituído e delimitado por uma Constituição. Em direito constitucional, o termo Estado Constitucional, principalmente no tocante ao conteúdo material de sentido hermenêutico, refere-se a um certo tipo ideal do Estado Constitucional, em que a democracia esteja garantida pelo arcabouço normativo superordenado pela Constituição que, portanto, deve possuir determinado grau de rigidez, e tendo a sua guarda e a sua interpretação asseguradas por um Tribunal Constitucional independente.

Além da reserva legal ordinária, que afirma que determinados assuntos devem ser regulados por lei, as disposições da lei constitucional consolidada são imperativas e supremas, o que também limita a margem de discricção do legislador ordinário, e a reserva constitucional, fazendo que o Estado Constitucional de Direito esteja assegurado de qualquer outra teoria cognitiva do direito.

No entanto, a natureza formal das instituições representativas tornou as regras e princípios constitucionais particularmente adaptáveis às diferentes expressões políticas da sociedade moderna: os conceitos teóricos subjacentes ao pensamento de Kelsen¹, por exemplo, ao mesmo tempo que exaltaram o Estado como um instrumento formal do exercício do poder, fortalecem o valor propiciador do compromisso pacífico, característico de uma sociedade democrática multicíclica.

Na sociedade brasileira hodierna, a vigência da Constituição da República de 1988² tem alcançado determinado grau de longevidade em comparação às suas antecessoras. Todavia, a efetividade no cumprimento da prestação das garantias básicas por parte da administração pública tem mostrado falhas nas mais diversas áreas de seguridade constitucional. Os frequentes descumprimentos de princípios e regras insculpidos na Carta Magna representam tanto a debilidade administrativo-econômica dos

gestores públicos ao longo da história nacional quanto o desinteresse político e humanístico, sobretudo em relação às necessidades mais básicas das camadas populacionais menos abastadas.

O abismo socioeconômico produzido por um capitalismo mal estruturado e por predominâncias partidárias perverteram a forma de pensar o futuro da sociedade a um ponto no qual as estruturas do País padecem de elevada desordem e desconexão com os anseios sociais.

Nesse diapasão, o setor de saúde no Brasil apresenta-se como grande fragilidade. Muito embora os sucessivos esforços para melhorias do Sistema Único de Saúde (SUS), como política pública de atendimento integral, universal e equânime, ele não parece estar devidamente equipado para atender a todas as necessidades que se apresentam. Como a administração pública não tem conseguido prover a prestação do direito de acesso à saúde e ao cuidado em sua forma integral e plena, essa garantia constitucional, para muitos usuários, passou a ser objeto de reivindicação de positivação no Poder Judiciário.

A atuação judicial no Brasil, especialmente na área de saúde pública, alcançou tal grau de protagonismo que o foro judiciário se transformou em um dos principais espaços na construção das políticas públicas de saúde.

Entretanto, consideramos interessante enxergar essa realidade, no sentido de que, ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição² como instrumento de emancipação social³.

O acesso a medicamentos essenciais como parte do direito à integralidade em saúde é matéria reprisada nos Tribunais do Brasil, dado o elevado grau de repetição das demandas cujo objeto da discussão é o fornecimento de medicamentos pelo SUS.

A realidade constitucional contemporânea no Brasil é profundamente marcada por um protagonismo do Poder Judiciário, potencializado pelo caráter analítico da Constituição

da República² e pela ampla aceitação pela doutrina e jurisprudência dos ideais de efetividade propagados por aquilo que se entendeu designar por doutrina brasileira da efetividade ou constitucionalismo da efetividade⁴.

A compreensão da saúde como direito fundamental fez com que surgisse um ativismo judicial especialmente forte e com inevitável característica de decisão política, criando interpretações para os princípios e regras inseridos na Constituição da República², não necessariamente coincidentes com as concepções construídas no âmbito do movimento da reforma sanitária no Brasil.

Estes novos paradigmas interpretativos, decorrentes das mutações constitucionais, trazem impactos do ponto de vista jurisprudencial e doutrinário aos operadores do direito, bem como têm o condão de modificar relações de direito público e de direito privado, na medida em que produzem mecanismos modulados de escolhas de construtos jurídicos para fundamentar sentenças judiciais.

Assim sendo, a técnica da ponderação passou a figurar como uma nova forma de avaliar a demanda trazida à apreciação judicial, alargando a margem discricionária e personalizando, caso a caso, a forma como a tutela jurisdicional pode ser prestada, na busca pela efetivação de direitos e garantias. Dessa forma, vários tribunais passaram a produzir decisões acerca da prestação de medicamentos baseadas nos imperativos constitucionais garantistas de universalidade e integralidade em saúde pública, estendendo o entendimento de que é possível pleitear fármacos conforme a orientação médica específica, ainda que estes não estejam glosados nas listas prévias do SUS.

As decisões caso a caso possuem, em verdade, um marcado caráter de interesse coletivo, pois o objeto jurídico em discussão se reprisa constantemente enquanto demanda em massa. Neste jaez, novas perspectivas acerca de procedimentos vêm sendo adotadas no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser potencializadas com o advento do Código de Processo Civil (CPC) 2015⁵.

As reiteradas condenações dos entes da Administração em obrigação de fazer geram desgaste entre os poderes, sobretudo porque as sentenças trazem consigo efeitos secundários que atuam diretamente na forma de organização interna do SUS e no seu planejamento orçamentário.

A realidade da execução judicial demonstra a resistência ou incapacidade dos gestores públicos em dar cumprimento aos anseios de saúde da população, desaguando no aguardo pela tomada de decisões judiciais sobre o assunto ou, paralelamente, ao argumento quanto à contínua insuficiência de recursos, que seria agravada pelo descontrole financeiro decorrente do conjunto das decisões judiciais. Essa epopeia gera uma equação de difícil solução, bem como práticas reiteradas cujo gargalo solucionador passa pelo Judiciário.

A discussão acerca das decisões estruturais voltadas para a prestação de medicamentos também considera um *modus operandi* comum e harmônico, por meio do qual os planejamentos fiscais para dotações orçamentárias contariam com uma margem maior de variabilidade, já prevendo a aquisição de medicamentos alienígenas à lista geral do SUS e, dessa forma, organizando melhor a arrecadação, a compra e a distribuição de medicamentos que, apesar de representar setor específico da problemática jurídico-administrativa, tem o condão de mitigar uma crise que se arrasta continuamente, bem como auxiliar no fortalecimento do Estado Constitucional de Direito.

O acesso a medicamentos no panorama do SUS

O acesso a medicamentos pelo SUS representa: I) a assistência farmacêutica; e II) a formulação de políticas de medicamentos, como as duas principais frentes de atuação e distribuição de fármacos listados. Por meio de um processo participativo entre os entes da Federação, estabelece-se a Política Nacional de Medicamentos (PNM), a qual se baseia nos princípios e

diretrizes do SUS e tem por escopo nortear a ação de municípios, estados e União quanto à política pública de medicamentos. Entretanto, o reconhecimento amplo e a operacionalização dos princípios do SUS nas múltiplas atividades desenvolvidas conta também com contradições e limitações à plena prestação dos direitos à saúde constitucionalmente previstos.

Durante a década de 1990, o imperativo constitucional de acesso à saúde como um direito inalienável e condição básica da dignidade humana encadeou uma série de modificações no sistema público de saúde do Brasil. O advento da Lei Orgânica de Saúde nº 8.080/90⁶ organizou e ampliou as áreas de atuação do SUS, bem como viabilizou a prestação e a assistência terapêutica de forma integral⁷, também fazendo incluir a prestação de fármacos com a consequente necessidade de formulação da política pública de medicamentos.

Em 1997, o Ministério da Saúde desativou a Central de Medicamentos para, então, instituir à PNM, com fulcro na Portaria nº 3.916/98⁸, com o escopo de assegurar a segurança, a eficácia e a qualidade dos medicamentos adquiridos e distribuídos, bem como a promoção do uso racional e o acesso da população aos fármacos listados como essenciais.

Fornecimento de medicamentos internacionais e a atuação da Organização Mundial da Saúde

A Organização Mundial da Saúde (OMS) tem realizado, desde o ano 2000⁹, consideráveis esforços para garantir à população mundial o acesso a medicamentos, sendo trazidas informações alarmantes a respeito do consumo de medicamentos e das políticas de governo para melhoria da saúde da população via tratamento público.

Os dados extraídos apresentam quase 2 bilhões de pessoas como não tendo acesso

a medicamentos essenciais. O relatório apontou que a melhoria no acesso a medicamentos existentes poderia salvar cerca de 10 milhões de vidas a cada ano, 4 milhões delas na África e no Sudeste Asiático. Além da privação, a desigualdade bruta no acesso a medicamentos continua a ser a característica primordial da situação farmacêutica mundial, em que a média de gastos per capita com medicamentos em países de alta renda é 100 vezes maior do que em países de baixa renda: cerca de US\$ 400 em comparação com US\$ 4 em países subdesenvolvidos.

A OMS estima que apenas 15% da população mundial tenha acesso e consuma um montante de 90% da produção total de produtos farmacêuticos.

Conforme aponta o relatório, as leis, políticas públicas e instituições nacionais e internacionais contribuem para essas privações e desigualdades maciças. Os sistemas nacionais de abastecimento de medicamentos geralmente não atingem aqueles que vivem na pobreza⁹. Historicamente, a pesquisa e o desenvolvimento não abordaram as necessidades prioritárias de saúde daqueles que vivem na pobreza. Todavia, apontou que arranjos alternativos devem ser viabilizados para a condução de reformas urgentemente necessárias, considerando os imperativos legais e éticos, incluindo aqueles decorrentes dos documentos internacionais de direitos humanos.

Para a OMS⁹, os Estados devem fazer tudo o que for razoavelmente possível para garantir que os medicamentos existentes estejam disponíveis em quantidade suficiente em suas jurisdições. Por exemplo, eles podem ter que fazer uso das flexibilidades do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, aprovando e usando a legislação de licença compulsória, garantindo, assim, que os medicamentos atinjam suas jurisdições em quantidades adequadas. Os Estados, portanto, são obrigados a recorrer a uma variedade de incentivos econômicos, financeiros e comerciais, a fim de influenciar

a pesquisa e o desenvolvimento em necessidades específicas de saúde¹⁰.

No contexto dos medicamentos, essa responsabilidade significa que nenhum Estado rico deve encorajar um país em desenvolvimento a aceitar padrões de propriedade intelectual que não levem em conta as salvaguardas e flexibilidades incluídas no Acordo Trips (do inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). Em outras palavras, os Estados desenvolvidos não devem encorajar um país em desenvolvimento a aceitar os padrões 'Trips-plus' em qualquer acordo comercial bilateral ou multilateral. Todavia, devem ajudar os países em desenvolvimento a estabelecer sistemas de saúde inclusivos, integrados e eficazes, que incluam sistemas confiáveis de fornecimento de medicamentos que ofereçam medicamentos de qualidade a preços acessíveis para todos e apoiem a pesquisa e o desenvolvimento nas necessidades prioritárias de saúde dos países em desenvolvimento⁹.

O direito à saúde traz consigo o requisito crucial de estabelecer mecanismos de monitoramento e responsabilização acessíveis, transparentes e eficazes¹¹. Aqueles com responsabilidade de direito à saúde devem ser responsabilizados em relação ao cumprimento de suas funções, com vistas a identificar sucessos e dificuldades; na medida do necessário, políticas e outros ajustes podem ser feitos. Existem muitas formas diferentes de mecanismos de monitoramento e responsabilização. Embora um Estado decida quais são os mais apropriados em seu caso particular, todos os mecanismos devem ser efetivos, acessíveis e transparentes¹².

Uma política nacional de medicamentos deve, portanto, ser submetida a monitoramento e responsabilização apropriados¹³. Isso exige que a política definida compreenda: I) as obrigações de direito à saúde do governo em relação aos medicamentos; II) um plano de implementação que identifique objetivos, cronogramas, deveres e suas responsabilidades, indicadores, *benchmarks* e

procedimentos de relatórios; III) um órgão nacional adequado (por exemplo, um ouvidor de saúde) que considere o grau em que os responsáveis pela implementação da política nacional de medicamentos cumpriram suas obrigações – não com vistas a sancionar e punir, mas com o intuito de estabelecer quais políticas e instituições estão funcionando e quais não estão, visando à melhoria na realização do direito a medicamentos para todos.

A OMS⁹ alerta para problemas crônicos nas compras públicas de medicamentos. Ser um medicamento acessível depende de muitos fatores, incluindo financiamento e preço. Existem diferentes maneiras de financiar medicamentos, inclusive por meio de seguros de saúde públicos ou privados, honorários de pacientes, doações, empréstimos e assim por diante. Qualquer que seja o acordo de financiamento escolhido, um Estado tem a obrigação de garantir que os medicamentos sejam economicamente acessíveis a todos os consumidores.

A OMS¹² também aponta que, em muitos países de alta renda, mais de 70% dos medicamentos são financiados com recursos públicos, enquanto nos países de baixa e média renda, os gastos públicos não cobrem as necessidades básicas de consumo de fármacos para a maioria da população. Nesses países, os próprios pacientes pagam de 50% a 90% dos custos totais em medicamentos. Quando o custo dos medicamentos é suportado pelos agregados familiares, pode empobrecer ainda mais as populações desfavorecidas e inibir o acesso equitativo aos medicamentos.

Para os propósitos atuais, no entanto, o que a informação de relevância trazida pelos estudos da OMS⁹ aponta é que, nos países desenvolvidos, a maioria dos medicamentos é paga com financiamento público, enquanto nos países em desenvolvimento, ocorre o desembolso privado pelas famílias. Nos países em desenvolvimento, o financiamento público inadequado no setor da saúde torna os medicamentos menos acessíveis, especialmente para aqueles que vivem na pobreza.

A judicialização de medicamentos não listados

O cenário nacional de fornecimento de medicamentos representa esforços para atender às necessidades da população de modo geral, tendo por base a PNM, como política pública instituída e capaz de se perpetuar por meio dos governos, enquanto lutam contra as pressões de laboratórios e mercados de fármacos em nível internacional, visando à constante manutenção de estoques em disponibilidade e fácil acesso à população no âmbito do SUS. Para Vasconcelos¹⁴: se o aumento do financiamento dos diferentes componentes da assistência farmacêutica, paralelamente à expansão das garantias formais de acesso a medicamentos, reflete maior comprometimento com a busca da universalidade e da integralidade, a estratificação por componentes de financiamento e a desigual evolução dos gastos por componente podem ameaçar a equidade – isto porque o uso adequado dos medicamentos mais caros exige o acesso à atenção especializada e apoio diagnóstico ainda não universalizados.

No entanto, os princípios constitucionais que norteiam a atuação do SUS se transvestem de muitas iniciativas e buscam atuar de forma a atender à maior parte dos problemas de clínicos da população de forma linear¹⁵. Essa isonomia no fornecimento de medicamentos é também causa da judicialização¹⁶ quando o paciente não consegue acesso a tratamentos em que o governo não tem interesse em gastar. Aliás, o subfinanciamento da política pública de medicamentos é também um agravante capaz de comprometer a saúde do paciente, do orçamento público e do Judiciário – como gargalo dos conflitos pela não prestação de medicamentos.

O caráter excepcional dos medicamentos não listados, todavia, não excluiu o indivíduo necessitado de, na condição de paciente em tratamento, ter a satisfação de sua pretensão, qual seja, a de receber o fármaco indicado pelo médico responsável pelo diagnóstico e

suas respectivas terapias na expectativa de cura; bem como não exime o Estado de ter que cumprir a obrigação constitucional de acesso à saúde¹³.

Apesar da existência da Portaria nº 2.982¹⁷, na qual está insculpida a previsibilidade de dotação orçamentária para aquisição de medicamentos extraordinários à listagem glosada pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), a recorrência de negativas por parte do SUS em prestar outros medicamentos, principalmente os importados e ainda não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), fez com que o a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156¹⁸, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, fixasse a decisão como repetitiva, a tendo cadastrado no sistema dos repetitivos sob o número 106.

O sobrestamento determinou a obrigação do Poder Público em fornecer medicamentos que estão fora da lista do SUS, quando estiverem presentes os seguintes requisitos: I) a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; II) a incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e III) a existência de registro do medicamento na Anvisa¹⁸. Tais critérios foram fixados com efeito *ex nunc*, para novos processos judiciais distribuídos a partir do julgamento.

Por conseguinte, a modulação realizada pelos julgadores, tendo em conta art. 927, §3º, do CPC, representa um marco na forma de pensar e organizar a problemática e reprisada questão dos medicamentos não inseridos nas listagens do SUS, que agora deve se preparar para abarcar um novo procedimento judicialmente fixado, na compra e concessão de medicamentos para pacientes que cumpram os requisitos fixados pelo STJ.

A busca por efetividade da política pública de medicamentos e o uso das decisões estruturais no ordenamento jurídico brasileiro

As demandas judiciais sobre prestação de medicamentos e fármacos por parte da Administração Pública representam um moto-perpétuo instalado no aparelho burocrático brasileiro. Com o esgotamento das alternativas de resoluções de conflitos, pelas vias judiciais, extrajudiciais autocompositivas, além das administrativas, a defasada efetivação da saúde pública não encontra vertentes de diluição das demandas ou perspectivas de melhoria na efetividade dos serviços prestados, causando um elevado grau de insegurança jurídica para os dependentes de terapias com fármacos, bem como a descrença tanto no Executivo quanto no Judiciário.

Por esse prisma, o engessamento dos mecanismos processuais capazes de solucionar as lides com a eficiência necessária e condizente a garantir a dignidade humana fazem com que seja necessário apresentar formas mais pontuais e inéditas no direito brasileiro. Assim, a revisitação de ordenamentos jurídicos estrangeiros traz a perspectiva das decisões estruturais como alternativa viável para uma efetiva concretização dos valores constitucionais. A respeito da processualística brasileira, Arenhart¹⁹ tece as seguintes observações:

O direito processual civil brasileiro foi, todo ele, concebido para lidar com uma espécie muito bem determinada de litígios. Ele foi pensado para lidar com a situação típica da 'lide', na qual se vê uma pretensão de um sujeito (ou grupo de sujeitos), objeto de resistência ou de insatisfação por outro sujeito (ou grupo de sujeitos)¹⁹⁽¹⁾.

Sob tal perspectiva, o processo se encontra fluando entre dois extremos, sendo a missão

do juiz escolher um desses dois polos como o vitorioso e o outro como o perdedor, em uma concepção bipolar da relação processual²⁰.

No caso do acesso à saúde mediante a prestação de medicamentos, a complexidade do tema amplifica a insuficiência da estrutura do processo civil clássico. Nesse sentido, Arenhart¹⁹ complementa e ilustra o raciocínio nos seguintes termos:

Pense-se em uma demanda em que certa pessoa pretende uma cirurgia de emergência junto ao sistema público de saúde. Ao contrário do que se pode imaginar, este (aparentemente) inocente litígio não é apenas entre o seu direito à saúde (ou à vida) e o interesse à tutela do patrimônio público do Estado. Ele embute em seu seio graves questões de políticas públicas, de alocação de recursos públicos e, ultima ratio, de determinação do próprio interesse público. Com efeito, o juiz, ao decidir essa demanda, poderá estar, por exemplo, desalojando da prioridade de cirurgias do Poder Público outro paciente quiçá em estado ainda mais grave do que o autor. Poderá também estar retirando recursos - dinheiro, pessoal, tempo, etc. - de outra finalidade pública essencial. E, sem dúvida, estará sempre interferindo na gestão da política de saúde local, talvez sem sequer saber a dimensão de sua decisão.

A questão é ainda mais grave no campo da tutela coletiva. Nesse tipo de processo, pela peculiar interferência por ele gerada no âmbito econômico, político, social ou cultural, os problemas acima vistos são amplificados. Basta pensar no quão complexo é decidir uma ação coletiva que pretende o fornecimento de medicação a todo um grupo de pacientes, a construção de escolas ou de hospitais, ou a eliminação de certo cartel.

Por isso, e sendo hoje corrente a atividade judicial voltada ao tratamento dessas questões complexas, é necessário que se ofereça ao magistrado novos padrões de atuação e, sobretudo, maior flexibilidade na adequação de sua decisão àquilo que exija a situação concreta¹⁹⁽⁴⁻⁵⁾.

Por outro lado, a forma como muitas vezes as ações coletivas são trabalhadas no Brasil é objeto de crítica da parte de Arenhart¹⁹, que entende que:

A tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais grave, mesmo a dita 'representação' feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e, em consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer – sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente – aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige. Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual, ou seja, segundo um processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra. A lógica individualista do processo coletivo é tão forte que muitas vezes sequer se percebe a submissão desse tipo de processo à mesma principiologia dos processos individuais¹⁹⁽³⁻⁴⁾.

Com posturas similares, Marinoni e Mitidiero²⁰⁽²²⁾ ressaltam que, para bem operar as ações coletivas, os operadores do direito precisam se despir de velhos preconceitos (ou 'pré-conceitos'), evitando-se o recurso

a raciocínios aplicáveis apenas à tutela individual para solucionar questões atinentes à 'tutela coletiva', que não é, e não pode ser, pensada sob a perspectiva da teoria da 'ação individual.

Independentemente da perspectiva analítica adotada, a doutrina e a jurisprudência expostas até este momento demonstram a necessidade de reformulação da processualística em questões de tangibilidade coletiva, com matriz garantista constitucional.

Nesse jaez, as chamadas decisões estruturais passam à discussão como um possível caminho para que a atividade jurisdicional possa desempenhar eficazmente seu escopo, seja este compreendido como a tutela de um direito subjetivo violado, a observância prática do direito objetivo ou, principalmente, a atribuição de significado e aplicação aos valores constitucionais, notadamente na área da saúde pública.

Ações coletivas e demandas repetitivas sob a perspectiva das decisões estruturais

A abordagem decisória estrutural se revela como a via eleita alternativa trazida a comento, pois defendida adiante como o procedimento de maiores possibilidades processuais e jurídico-sociais para alterar o quadro de debilidade do sistema público de saúde no Brasil, bem como para contribuir para o aperfeiçoamento da PNM, de forma a garantir a efetiva concretização do direito à saúde, atribuindo-lhe seu real significado e dando-lhe aplicação eficaz no plano prático da vida civil.

A par disso, contribui para a tutela dos

direitos subjetivos, permitindo um eficaz acesso à justiça e simplificando as discussões que se proliferam nos tribunais onde se pleiteia a prestação individual de direitos fundamentais²⁰ de caráter social, ditos de segunda geração.

Se não bastasse, no âmbito de atuação desses direitos sociais, que se caracterizam por serem prestacionais por parte do Estado, a abordagem estrutural possibilita uma real observância prática do direito objetivo, preservando e promovendo a autoridade do legislador constituinte²¹, como se pretende demonstrar.

A decisão estrutural, *structural injunction*, é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural, *structural reform*, em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos²², sendo que essa complexidade não é, necessariamente, aquela própria de teses jurídicas complexas ou de situações envolvendo múltiplos fatos, mas, sim, a complexidade decorrente da colisão de múltiplos interesses sociais. Dessa forma, Didier Junior e Zaneti Junior²² apontam o conteúdo complexo da decisão estrutural, que:

Normalmente, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; não raro o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte a estrutura deontológica de uma norma-princípio, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Mas não só isso: é uma decisão que estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontológica de uma norma-regra²²⁽⁴²⁶⁾.

Para a utilização das decisões estruturais em determinado ordenamento jurídico, Arenhart¹⁹ apresenta certos requisitos, sendo necessário que: em primeiro lugar, a

ordem constitucional admita a interferência judicial nos atos dos demais Poderes, não sendo possível imaginar a abordagem judicial mediante decisões estruturais em sistemas pautados por uma rígida separação de Poderes, em que não se admita que o Judiciário intervenha em políticas públicas.

No que diz respeito ao ordenamento brasileiro, a satisfação desse requisito é evidente à luz da sedimentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite o controle judicial dos atos de políticas públicas, especialmente em atenção aos direitos fundamentais. O próprio controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, consagrado na Constituição da República, seja pela via do controle concreto ou abstrato, concentrado ou difuso, faz emergir a evidência da opção da ordem constitucional pelo controle judicial dos atos do Poder Público em geral.

Tal possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas é hoje uma realidade dada na prática constitucional brasileira, de modo que, nas palavras de Arenhart¹⁹, a questão ‘deixa de centrar-se na discussão sobre a possibilidade dessa intervenção, passando a importar mais o debate a respeito do modo e do ambiente em que esse tipo de conflito deve ser levado à análise judicial’, concluindo ser inquestionável que o Brasil satisfaz tal requisito necessário para se pensar em decisões estruturais.

A esse respeito, muito embora fuja aos escopos deste trabalho, convém registrarmos que nos filiamos à corrente filosófica que identifica a garantia dos direitos fundamentais mínimos como essencial para o funcionamento da própria democracia e para o controle social das políticas públicas.

Nas palavras de Barcellos²³, ‘o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna’.

A partir dessa concepção, concordamos com a autora quando ressalta a importância do controle jurisdicional de políticas públicas em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, onde ele exerce papel

essencial para a garantia do funcionamento da própria deliberação democrática.

Feita a ressalva, um segundo requisito para a tomada de decisões estruturais pelo Poder Judiciário seria a sua subsidiariedade em relação a outras medidas mais simples, devendo elas serem empregadas somente diante da ineficácia destas últimas para a adequada solução do litígio levado ao conhecimento do Judiciário¹⁹.

Com efeito, quando outras medidas mais simples se mostrarem adequadas, não haveria razão para que o Judiciário se valesse de providências estruturais, as quais se revelam de maior complexidade, implicam maior custo para tal Poder e são vistas como de caráter mais intrusivo na esfera dos demais poderes. Assim, complementa Arenhart¹⁹ nos seguintes termos:

De fato, é evidente que medidas desse porte implicarão um elevado custo de recursos (em sentido amplo) do Poder Judiciário. Por isso, e diante das dificuldades em se implementar e controlar decisões dessa ordem, devem elas ficar reservadas a casos em que sejam efetivamente necessárias, não tomando o lugar de medidas mais simples, mas que possam eficazmente resolver o litígio¹⁹⁽⁹⁾.

A complexidade das situações que exigem decisões estruturais não se coaduna com uma rígida interpretação do princípio da demanda, até mesmo pela impossibilidade de o próprio demandante dimensionar adequadamente o que venha a ser necessário para a adequada tutela do seu direito¹⁹. Nas palavras de Didier Junior e Zaneti Junior²², em casos complexos e que envolvam políticas públicas:

É fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento

da postulação. A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo. Daí a necessidade de ser maleável com a regra da congruência objetiva externa²²⁽⁴³²⁾.

A esse respeito, a garantia dos direitos fundamentais mínimos como essenciais para o funcionamento da própria democracia e para o controle social das políticas públicas deve ser considerada com grande enfoque e cautela²¹. Tal perspectiva entende que sem níveis básicos de educação e informação, em condições de miséria extrema, o controle social, democrático, das políticas públicas, que é a base lógica adotada por aqueles que se insurgem contra a intervenção judicial em tais políticas, certamente não é exercido adequadamente²⁴.

As decisões estruturais na moldura normativa do Código de Processo Civil

Antes da vigência do CPC de 2015, o direito brasileiro já vislumbrava condições para a superação de uma rígida interpretação do princípio da demanda, identificando vários dispositivos da legislação processual que indicariam uma tendência de aceitação de uma ampla relativização do princípio da demanda, em prol da superação de certos dogmas em que se assentariam tal comando²², por exemplo, os conteúdos dos arts. 290 e 293, os quais consideram implícito o pedido de juros em pedidos de cunho pecuniário ou as prestações vincendas, bem como o art. 461 (cláusula aberta da tutela de prestações de fazer e não fazer), todos do CPC de 1973, ora revogado.

Já sob a luz do CPC de 2015, Didier Junior

e Zaneti Junior²² reforçam a admissibilidade da flexibilização da congruência objetiva, indicando que ela supõe que a interpretação do pedido ‘leve em consideração a complexidade do litígio estrutural’, nos precisos termos do art. 322, §2º, do NCPD, e complementam o raciocínio proposto nos termos *in verbis*:

O art. 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados²²⁽⁴³²⁻⁴³³⁾.

Muito embora persista a necessidade de superação da interpretação rígida e estrita do princípio da demanda, é perceptível que essa maior liberdade dada ao julgador não pode significar uma total ausência de correlação entre o que é pedido e o provimento judicial²³. Para Arenhart¹⁹, ‘não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida’.

A flexibilização do princípio da demanda deve se dar na estrita medida necessária para se resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, não podendo se dar ao simples capricho do magistrado²³. Entender diferentemente seria pôr em risco um dos pilares do direito processual e da própria separação entre os poderes, qual seja o princípio da inércia do Poder Judiciário²⁵.

Nesse ponto, Arenhart¹⁹ ressalta que os limites da atuação do juiz serão dados pela devida fundamentação da sua decisão, com base no escopo de efetividade do direito que se pretende tutelar, legitimando democraticamente o atuar judicial, devendo também ser considerada a capacidade de autocontenção do julgador, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional incumbida, entre outras funções, traçar os próprios limites da intervenção judicial na esfera de atuação dos demais Poderes, coibir eventuais abusos e evitar a possível distorção na atuação judicial por meio de decisões estruturantes, em respeito à separação dos poderes²⁶.

De todo modo, a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos da relação jurídica é, inexoravelmente, uma das características das decisões estruturais, devendo-se mais ao fato do seu objeto – as políticas públicas – do que propriamente às suas características técnicas²¹.

O fato de a decisão ser estrutural não significa, necessariamente, uma maior interferência do Judiciário na seara dos demais poderes, mas, sim, e tão somente, que tal forma de decidir é a mais adequada para a prestação jurisdicional, visando à efetividade dos direitos fundamentais²⁴.

Vale dizer, uma decisão que não se revista das características de uma decisão estrutural, embora tecnicamente mais simples, pode representar uma intromissão tão ou mais invasiva às competências dos demais Poderes do que uma decisão estrutural²⁴. Não há, necessariamente, uma correlação entre maior interferência e decisão estrutural. O que há é que o objeto da decisão estrutural – que pode ser, diga-se, o mesmo de uma decisão ‘comum’ – representa, por si só, a ingerência do Poder Judiciário nos outros poderes²¹.

Em superação às formas tradicionais de intervenção processual, faz-se necessário pensar em novas formas de participação dos sujeitos do processo, diante da complexidade das matérias postas sob apreciação judicial e

do potencial atingimento de número significativo de pessoas. Além dessa reconfiguração da noção de contraditório, também persiste a necessidade de reformulação de elementos como a adstrição da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada, para uma efetiva adequação do procedimento à ideia de processos estruturais.

Decisões estruturais na vertente de judicialização da política pública de medicamentos

Como consequência da abertura do texto constitucional e da maior liberdade e importância conferidas ao julgador pela técnica da ponderação de interesses, de amplíssima aplicação pelos juízes e largamente reconhecida pela doutrina como a adequada para a aplicação de norma jurídicas caracterizadas como princípios, para cuja aplicação a mera técnica da subsunção não se revela suficiente, temos um agigantamento do papel do Poder Judiciário no espaço de decisão política. Essa é, hoje, uma realidade dada, tanto à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto da própria prática política cotidiana, considerando-se todos os seus atores²⁰.

No âmbito acadêmico, sob diversas óticas, os questionamentos acerca do ativismo judicial, tal como ele é praticado no Brasil, e o controle jurisdicional de políticas públicas representam fatos de inquestionável ocorrência¹⁹, mas não totalmente capazes de balizar decisões e, sobretudo, de parametrizar condutas da Administração, de forma a tornar cogentes as posturas de fornecimento de medicamentos conforme as previsões normativas²⁷. Sob a perspectiva da política pública de medicamentos, esta também não é ampliada, dando maior liberdade de solicitação e compra, ainda que fora da lista prévia do SUS.

A questão que se apresentaria, na atualidade, seria menos a de saber se o Poder Judiciário pode intervir em políticas públicas em nome da realização de direitos fundamentais, ou trossim sobre como essa intervenção deva se dar²⁸, em termos de abrangência, efetividade e mecanismos coercitivos para exigibilidade de cumprimento das decisões, sem que as negativas de fornecimento de fármacos por parte SUS continuem a se repetir

Na doutrina de Didier Junior e Zaneti Junior²²⁽³⁶⁾, no âmbito da implementação e da aplicação de políticas públicas, a complexidade da matéria torna necessária a migração de um modelo de atuação judicial meramente responsivo e repressivo, caracterizado por ser posterior aos fatos já ocorridos para aplicação da norma jurídica, “para um modelo resolutivo e participativo, que pode anteceder aos fatos lesivos e resultar na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas”.

Tal mudança não só é compatível com as diretrizes do CPC de 2015 como se faz mesmo necessária diante da sindicabilidade judicial de políticas públicas por meio de ações coletivas, que é, como acima afirmado, “uma realidade consolidada no âmbito da jurisprudência”²²⁽³⁷⁾.

Não se trata de negar o papel e a relevância do processo ‘comum’, individual, nos moldes tradicionais, como instrumento primordial para a garantia e promoção dos direitos fundamentais. Há, evidentemente, espaço para os provimentos jurisdicionais que advenham de tais demandas, ante a real possibilidade de lesão a um direito fundamental, a atingir um indivíduo determinado, passível, portanto, de reparação mediante ação individual²⁹.

Por seu turno, Didier Junior e Zaneti Junior²²⁽⁴⁰⁾ apontam vantagens da noção experimentalista e das medidas estruturantes, que permitiriam

a um só tempo o conhecimento colaborativo do problema pelas partes e pelo juiz (*collaborative learning*) e uma maior responsabilização e legitimação democrática (*democratic accountability*), visando à efetivação da decisão judicial.

A complexidade da assistência farmacêutica passa muito ao longe da abordagem judicial que se tem a partir das ações individuais. Inobstante a tal contexto, a realidade que se apresenta na jurisprudência brasileira é a de um grande número de demandas individuais por bens e serviços de saúde em face do Estado, com uma altíssima taxa de sucesso, de onde se verifica que a argumentação jurídica que serve de fundamento para tais decisões é, singelamente, a concepção da saúde como um direito fundamental a justificar a satisfação de todas as necessidades, combinação esta denominada por *Brazilian model of litigation*³⁰.

Dessa forma, tais demandas não só apresentam debilidades estruturais como também levantam discussões sobre a política de medicamentos, compreendendo suas dificuldades e desafios, bem como desafiando magistrados, acadêmicos e doutrinadores a elaborarem soluções que contribuam para o seu aperfeiçoamento. Sob a égide da lógica processual é que se almeja aquisição de maior espaço para o debate dessas questões.

Considerações finais

Na realidade do Estado Constitucional, marcado pela supremacia da Constituição e pela força cogente das suas normas, o Poder Judiciário é alçado a uma condição de protagonista, na medida em que desempenha o papel de intérprete último e fiador da realização dos valores e fins constitucionais, inclusive mediante intervenção em atos típicos dos demais Poderes.

As cartas constitucionais em geral, e a brasileira de 1988 em particular, são marcadas pelo largo emprego de enunciados normativos caracterizados como princípios, para cuja aplicação a técnica da mera subsunção do fato à norma não se revela suficiente, exigindo do aplicador o uso da técnica da ponderação de interesses para a obtenção da norma a ser aplicada ao caso concreto.

Esse cenário, aliado ao movimento pela

máxima efetividade das normas constitucionais, em especial, as veiculadoras de direitos fundamentais, abre considerável espaço para uma atuação política do Poder Judiciário, visto que, no processo de concretização da norma, há uma razoável amplitude para a tomada de decisões, que são se limitam à clássica função de interpretação das normas.

Um dos maiores desafios da atuação judicial para a efetivação dos direitos fundamentais diz respeito aos direitos sociais, de segunda geração, uma vez que a sua concretização quase sempre depende não apenas de um *non facere*, mas, sim, de um *facere* por parte do Estado, mediante a realização de atos materiais e a implementação de políticas públicas que demandam recursos materiais e humanos.

A saúde é um direito fundamental expressamente previsto na Constituição brasileira de 1988, sendo que o legislador constituinte, incorporando os ideais do movimento de reforma sanitária brasileiro, optou pela instituição de um SUS, informado pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade.

A efetivação do direito à saúde demanda ações concretas do Estado e a implementação de políticas públicas, sendo a PNM um ponto essencial para a realização do princípio da integralidade.

A jurisprudência brasileira demonstra especial propensão em dar efetividade ao direito fundamental à saúde, sendo firme a sua posição no sentido de compreendê-lo como direito público subjetivo passível de ser requerido em ações individuais contra o Estado, inclusive e principalmente para a obtenção de medicamentos. Os princípios doutrinários do SUS são, de maneira geral, os únicos argumentos normativos adotados nas decisões judiciais nessa área.

A demanda em massa por medicamentos pela via judicial é uma realidade dos tribunais, encontrando as ações grande percentual de êxito, resultando quase sempre em decisões que impõem obrigação de entregar o medicamento prescrito pelo médico assistente do autor da ação. Esta realidade acaba por deslocar para o foro judicial grande parte do

espaço de debate público acerca da construção da política de medicamentos.

Destarte, a discussão permeada em sede de pesquisa analisou as nuances da intervenção judicial na política de medicamentos, em decorrência do massivo ajuizamento de ações individuais, em que se pleiteia o seu fornecimento de fármacos independentemente da inclusão nas listas públicas que, em sendo objeto de críticas e gerando tensões entre os gestores públicos da saúde e órgãos judiciários, não há no panorama da ciência jurídica elementos de pesquisa que permitam mensurar o real impacto do conjunto das decisões judiciais para o aprimoramento da política de medicamentos em si.

Desse modo, o Instituto norte-americano das *structural injunctions* apresenta delineamentos técnicos que permitem a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, em especial após o advento do CPC de 2015, inclusive no que diz respeito à intervenção judicial em políticas públicas, entre elas, a de medicamentos.

A utilização de ações coletivas que se valham de decisões estruturais, muito embora não represente a superação da via individual, apresenta significativas vantagens, entre elas, a maior capacidade de diálogo com os gestores públicos e com a sociedade organizada, bem como a potencialidade de ser um mecanismo capaz de levar a um efetivo aprimoramento da política pública de medicamentos pela via judicial.

Colaboradores

Chagas RR (0000-0002-5055-2378)* contribuiu para a análise e a interpretação dos dados. Ferreira AP (0000-0002-7122-5042)*, Nicolitt AL (0000-0002-3857-3838)* e Oliveira MHB (0000-0002-1078-4502)* contribuíram para a concepção, o planejamento, a análise e a interpretação dos dados; revisão crítica do conteúdo; e aprovação da versão final do manuscrito. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Kelsen H. Quem deve ser o guardião da constituição? In: Kelsen H. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes; 2003.
2. Brasil. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil* [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988 [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
3. Sarmiento D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris; 2004.
4. Barroso LR, Barcellos AP. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Rev. Direito Adm.* 2003; 232:141-176.
5. Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil* [internet]. Diário Oficial da União. 17 Mar 2015 [acesso em 2018 nov 13]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.
6. Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Diário Oficial da União. 19 Set 1990.
7. Schulze CJ, Gebran Neto JP. *Direito à Saúde Análise à Luz da Judicialização*. São Paulo: Verbo Jurídico; 2017.
8. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. *Aprova a Política Nacional de Medicamentos*. Diário Oficial da União. 10 Nov 1998.
9. World Health Organization. *Access to Medicines in the Context of the Right to Health* [internet]. Geneva: Human Rights Council; 2015. [acesso em 2018 jan 21]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2015/ZafarMirza.pdf>.
10. World Health Organization. *Medicines strategy: countries at the core, 2004-2007*. Geneva: World Health Organization; 2004.
11. Roncalli AG. O desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil e a construção do Sistema Único de Saúde. In: Pereira AC, organizador. *Odonologia em Saúde Coletiva: planejando ações e promovendo saúde*. Porto Alegre: Artmed; 2003.
12. World Health Organization. *Collaborating Centre for Drug Statistics Methodology. Guidelines for ATC classification and DDD assignment 2013*. Oslo: WHO Collaborating Centre for Drug Statistics Methodology; 2013.
13. Paim JS, Almeida-Filho N. *Saúde Coletiva – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: MedBook; 2014.
14. Vasconcelos DMM, Chaves GC, Azeredo TB, et al. *Política Nacional de Medicamentos em retrospectiva: um balanço de (quase) 20 anos de implementação*. *Ciênc. Saúde Colet.* 2017; 22(8):2609-2614.
15. Lisboa ES, Souza LEPF. Por que as pessoas recorrem ao Judiciário para obter o acesso aos medicamentos? O caso das insulinas análogas na Bahia. *Ciênc. Saúde Colet.* 2017; 22(6):1857-1864.
16. Faleiros DR, Acurcio FA, Álvares J, et al. *Financiamento da assistência farmacêutica na gestão municipal do Sistema Único de Saúde*. *Rev. Saúde Pública.* 2017; 51(supl2):1-10.
17. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.982 de 26 de Novembro de 2009. *Aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica* [internet]. Diário Oficial da União. 27 Nov 2009. [acesso em 2018 out 12]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html.
18. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1657156 / RJ (2017/0025629-7), Relator: Min. Benedi-

- to Gonçalves [internet]. [acesso em 2018 nov 23]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>.
19. Arenhart SC. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *RPC*. 2015; 1(2):211-229.
 20. Marinoni LG, Mitidiero D. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: RT; 2017.
 21. Cota SP, Nunes LS. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de informação legislativa: RIL*. 2018; 55(217):243-255.
 22. Didier Junior F, Zaneti Junior H. Curso de direito processual civil – v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM; 2017.
 23. Barcellos AP. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar; 2005.
 24. Rendleman D. *Complex Litigation: Injunctions, Structural Remedies and Contempt*. Eagan (Minnesota): Foundation Press; 2009.
 25. Barroso LR. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Coutinho JNM, Fragale Filho R, Lobão R. *Constituição & ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2011.
 26. Ferrajoli L. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia, Teoria del diritto*. Bari: Editori Laterza; 2007.
 27. Lisboa ESS, Luis EPF. Por que as pessoas recorrem ao Judiciário para obter o acesso aos medicamentos? O caso das insulinas análogas na Bahia. *Ciênc. Saúde Colet*. 2017; 22(6):1857-1864.
 28. Chayes A. The role of the judge in public law litigation. *Harv. Law. Rev*. 1976; 89:1281-1315.
 29. Barroso LR. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum; 2017.
 30. Pepe VLE, Ventura M, Sant'ana JMB, et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*. 2010; 26(3):461-471.

Recebido em 16/08/2019

Aprovado em 05/11/2019

Conflito de interesses: inexistente

Suporte financeiro: não houve

A atuação do Poder Judiciário na concreção das políticas públicas de saneamento básico: possibilidades e limites

The role of the Judiciary Power in the accomplishment of public basic sanitation policies: possibilities and limits

Sandro Lucio Barbosa Pitassi¹, Aldo Pacheco Ferreira²

DOI: 10.1590/0103-11042019S410

RESUMO O objetivo deste artigo foi analisar as decisões judiciais proferidas em Segunda Instância pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) no julgamento dos recursos relativos ao tema do saneamento básico, fixando-se como termo inicial o advento da Lei nº 11.445/2007. O saneamento tem sido predominantemente tratado a partir de abordagens mais técnicas do que políticas. Nessa perspectiva, importa pensá-lo enquanto uma política pública que implique decisões, a partir de concepções e parâmetros normativos, definidas no âmbito de configurações institucionais diversas e com características mais ou menos democráticas. Considerando-se tais pontos, discute-se argumentos contrários e favoráveis acerca da judicialização da política e do ativismo judicial, fato que é uma realidade no desenho da democracia contemporânea, buscando-se, assim, explicar a relativa obscuridade dessas relações no processo de definição tanto das políticas de saúde como da política de saneamento em termos de políticas públicas, bem como os impactos na formulação da política de saneamento básico e as ações do campo da saúde em relação ao saneamento. Tal fenômeno é uma realidade, aguçando-se a necessidade de investigar o papel do Poder Judiciário na própria formulação e execução das políticas de saneamento da cidade do Rio de Janeiro.

PALAVRAS-CHAVE Saneamento básico. Direitos humanos. Judicialização da saúde. Política pública. Direito à saúde.

ABSTRACT *This article aims to analyse the judicial decisions handed down in the Second Instance by State Court of Justice of Rio de Janeiro (TJRJ) in the judgment of appeals related to the theme of basic sanitation, establishing as the initial term the advent of Law nº 11.445/2007. Sanitation has been predominantly addressed from more technical than political approaches. From this perspective, it is important to think about sanitation as a public policy that implies decisions, based on normative conceptions and parameters, defined in the context of diverse institutional configurations and with or less democratic characteristics. Considering those points, contrary and favourable arguments are discussed regarding the judicialization of politics and judicial activism, a fact that is a reality in the design of contemporary democracy, thus seeking to explain the relative obscurity of these relations in the process of definition of both health policies and sanitation policy in terms of public policies, as well as the impacts on the formulation of basic sanitation policy and the actions of the health field in relation to sanitation. Such phenomenon is a reality, emphasizing the need to investigate the role of the Judiciary branch in the very formulation and execution of sanitation policies in the city of Rio de Janeiro.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
sandro.lucio.pitassi@gmail.com

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.

KEYWORDS *Basic sanitation. Human rights. Health's judicialization. Public policy. Right to health.*



Introdução

O saneamento básico é um conjunto de medidas para a conservação do meio ambiente e para a prevenção de doenças, ou seja, é um conjunto de intervenções multidimensionais articuladas a fatores sociais, econômicos, políticos e culturais^{1,2}. Com o advento da Lei nº 11.445/07³, foi cunhado o conceito de saneamento básico como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais urbanas.

O reconhecimento do acesso à água e ao esgotamento sanitário como direitos humanos pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (Unga)⁴ e pelo Conselho de Direitos Humanos⁵ proporcionou novas possibilidades políticas, conceituais e analíticas para pensar esse cenário⁶. Desdobrou-se, então, a sinalização dos Direitos Humanos à Água e ao Esgotamento Sanitário (DHAES) como sendo direitos independentes e não implícitos no direito humano a um nível de vida que assegure saúde e bem-estar⁷, tal como preceitua o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸.

Diante da realidade brasileira e do notório deficit do serviço de saneamento básico, visto que a maior parte do esgotamento sanitário não recebe qualquer tipo de tratamento, quadro que gera inevitáveis reflexos para a

qualidade de vida da população, impõe-se uma análise da atuação do Poder Judiciário no enfrentamento das ações relativas ao universo do saneamento básico. Com efeito, conquanto não exista no Brasil norma jurídica expressa sobre o direito fundamental à água e ao esgotamento sanitário, ele é decorrência de princípios constitucionais e preâmbulo para a garantia da dignidade humana e acesso a um ambiente saudável, conforme o art. 225 da Constituição Federal⁹.

O direito humano à água confere a todos o direito ao acesso à água suficiente, segura, aceitável, física e economicamente acessível, e o direito humano ao esgotamento sanitário a serviços que assegurem privacidade e dignidade física e economicamente acessíveis, higiênicos, seguros e culturalmente aceitáveis^{6,8}. Para Marmelstein¹⁰, a dignidade da pessoa humana é um subitem dos princípios fundamentais que se liga a outros elementos essenciais, que têm, entre outras funções a embasar o direito brasileiro, os princípios elementares, que, de acordo com Pinho¹¹⁽²⁰⁾,

são regras que contêm os mais importantes valores que informam a elaboração da Constituição Federal, são dotados de normatividade ou seja, constituem-se de regras jurídicas efetivas.

A *figura 1* explicita em diagrama os direitos fundamentais, base Constituição Federal³.

Figura 1. Diagrama do conceito dos direitos fundamentais. Base - Constituição Federal³



Considerando-se o conceito ampliado de saúde, e as mínimas condições de vida e ambientais, a questão do saneamento básico está intimamente relacionada com as ideias do mínimo existencial, da dignidade humana e do acesso à cidadania sanitária¹².

O direito à saúde atualmente assumiu uma conformação ampla, com previsão constitucional, verdadeiro direito fundamental, o qual tem como horizonte central a qualidade de vida dos indivíduos, o que enseja uma atuação decisiva do Poder Judiciário na entrega desse direito¹³.

Em que pese o entendimento no sentido de que restaria descaracterizada a função jurisdicional no campo da formulação de políticas públicas, mesmo tal raciocínio não exclui o dever de o Poder Judiciário analisar as situações de lesões a direitos¹⁴, o que certamente diz respeito ao notório *deficit* de prestação de saneamento básico.

A consideração do direito à proteção à saúde como um direito constitucional e fundamental reforça a necessidade de considerar o Poder Judiciário como um dos protagonistas na concreção desse direito¹⁵, um direito de amplo espectro que certamente abarca o universo do saneamento básico.

A motivação desta pesquisa surge da análise deficitária do saneamento básico no Brasil, ganhando especial destaque o entendimento oriundo do Colendo Superior Tribunal de Justiça, proferido em julgamento do Recurso Especial 1.421.843¹⁶, tendo como Relator o Ministro Ari Pargendler, proferido em 18 de março de 2014, pela Primeira Turma, relativo à possibilidade de cobrança de tarifa de esgoto sanitário pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (Cedae), apesar da ausência de tratamento, bastando a mera coleta e transporte dos dejetos até descarte final *in natura*, fato que gera repercussões de várias ordens, notadamente ambientais e de saúde.

Frisa-se que decisões posteriores oriundas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) têm consagrado posicionamento diverso ao pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo-se pela

ilegalidade da cobrança no caso da não prestação devida do serviço, consoante se observa, por exemplo, no julgamento da Apelação Cível nº 017396009.211.8.19.0001, proferido pela 11ª Câmara Cível em 25 de novembro de 2015.

De qualquer forma, a disparidade das decisões só mostra que o assunto merece o devido estudo, pois se depara com direito intimamente ligado à dignidade da pessoa humana relativo à saúde e, mesmo que afastada a cobrança, resta o problema da não prestação efetiva do serviço e os danos concretos e potenciais aos indivíduos e ao meio ambiente, cabendo-se discutir de que forma o Judiciário pode atuar nesse campo particular de política pública, com todas as implicações e discussões que permeiam a matéria.

Destarte, este artigo visa traçar um perfil jurisprudencial no âmbito dos tribunais já mencionados, correlacionando-se com os impactos ou não das decisões judiciais produzidas na realidade, investigando-se se foram produzidos avanços e, caso positivo, em que extensão. Com efeito, desenhada a produção jurisprudencial e o cenário do saneamento básico a partir do advento da Lei nº 11.445/07³, podem ser obtidos elementos que auxiliem os julgadores no exercício de suas funções, destacando-se a importância das decisões judiciais e seus potenciais como conformadoras de condutas, pois, dirigidas ao corpo social, notadamente para os gestores no processo de formulação das políticas públicas sanitárias, ora objeto de interesse, promovendo-se a saúde em última análise.

Metodologia

Estudo descritivo, de análise documental, que consiste em método de recolha e análise de dados, composto por duas fases: na primeira, ocorre a localização da fonte e a seleção dos documentos; na segunda, o tratamento das informações recolhidas e sua análise¹⁶.

Decidiu-se por analisar as decisões proferidas, em grau recursal, pelo Poder

Judiciário do estado do Rio de Janeiro, no período de 2007 a 2018.

Direcionou-se a investigação a partir de dois enfoques delimitativos:

Pela análise da Teoria de Dworkin¹⁷, a qual apresenta como seu ponto central para análise da racionalidade da jurisdição o fato de que as decisões devem satisfazer, de forma concomitante, a critérios de segurança de direito e aceitabilidade racional, verificando-se de que forma prática da interpretação, a qual ocorre de forma construtiva, pode operar no que se refere à divisão dos poderes estatais, sem que o Poder Judiciário tome para si competências legislativas, examinando-se igualmente a problemática sob o enfoque Habermas¹⁸.

Pela utilização da Teoria Principlológica¹⁹ dos direitos fundamentais, visto que o exame do papel do Poder Judiciário na implementação da política de saneamento básico, inclusive no que se refere ao impacto oriundo das decisões do TJRJ, exige o estudo da otimização jurídica dos direitos em contraposição à otimização fática, investigando-se adequação e necessidade, verdadeira ponderação e sopesamento axiológico dos elementos fáticos no caso concreto²⁰.

Construção do *corpus* da pesquisa - a coleta de dados

A pesquisa processual foi elaborada utilizando-se das demandas judiciais sobre saneamento básico propostas a partir de 2007, e em tramitação até 31 de dezembro de 2018, nas quais todas as demandas contaram com a mesma probabilidade de serem analisadas.

Definido o marco temporal, a pesquisa envolveu, ainda, quatro etapas: i) Aplicação do instrumento de coleta e sistematização das informações em um banco de dados; ii) Análise quantitativa das frequências das variáveis predefinidas a partir do banco de dados constituído; iii) Identificação de similitudes e diferenças entre as características das ações judiciais identificadas; e iv) Análise das possíveis relações entre as características das ações

judiciais em saúde identificadas e a efetividade das políticas públicas.

O instrumento de coleta de dados foi elaborado de modo a contemplar as variáveis necessárias à realização da análise proposta na dissertação. As variáveis de interesse foram agrupadas da seguinte forma: a) Número do Processo na primeira instância; b) Data da distribuição na primeira instância; c) Decisão liminar/antecipação de tutela – decisão que, em razão da urgência, antecipa os efeitos de um ou mais pedidos da petição inicial; d) Exigências feitas pelo magistrado para a concessão da decisão liminar/antecipação de tutela; e) Réus da ação – contra qual ente público foi proposta a demanda; e f) Sentença – decisão prolatada pelo magistrado no final do processo em primeira instância.

Análise dos dados

Para analisar os dados pesquisados, foram definidas categorias e subcategorias que demonstram o que foi considerado para avaliar as decisões ministradas pelos TJRJ. A análise foi dividida em três etapas: i) pré-análise: definição do *corpus* por meio da leitura flutuante; formulação das categorias; ii) exploração do material: agregação dos dados brutos em características pertinentes ao conteúdo expresso nos processos; e iii) tratamento dos resultados, inferência e interpretação.

Para o desenvolvimento dessa etapa da pesquisa, foi utilizado o método da Análise de Conteúdo Temático-Categorial, que, conforme Bardin²¹, consiste em descobrir os núcleos de sentido que compõem uma comunicação cuja presença ou frequência tenham algum significado para o objetivo analítico visado. As categorias de análise foram elaboradas após a leitura flutuante dos documentos recolhidos (acórdãos).

Quanto à análise temática (categorial), o texto foi desmembrado em unidades (categorias), posteriormente reagrupadas de modo a descobrir os núcleos de sentido aí presentes. Quando se fala de categorização, está-se utilizando do expediente por meio do qual

elementos constitutivos de um conjunto são primeiramente classificados por diferenciação e, em um momento posterior, são reagrupados segundo critérios previamente definidos²². Para

analisar os dados pesquisados, foram definidas categorias e subcategorias que demonstram o que foi considerado para avaliar as decisões ministradas pelos TJRJ, conforme *quadro 1*.

Quadro 1. Categorias e subcategorias de análise, TJRJ 2007-2018

Categorias	Subcategorias
Universalidade	Princípio ou objetivo; soluções individuais; apropriação das soluções ou serviços; características sociais da população sem acesso; metas para a universalização; instrumentos e investimentos para a universalização.
Intersetorialidade	Política urbana e plano diretor; habitação; combate à pobreza e sua erradicação; recursos hídricos e planos de bacias; política e plano de prevenção de riscos e desastres; política de saúde; proteção do meio ambiente; promoção da igualdade racial; política de gênero.
Qualidade dos serviços públicos	Qualidade da água; tratamento do esgoto; tratamento e disposição final de resíduos sólidos; controle de inundações; cortesia no atendimento ao usuário; regularidade/continuidade; condições técnicas e operacionais e de manutenção.
Política Municipal de Saneamento Básico	Conteúdo mínimo do plano; prestação de serviços; regulação e fiscalização; garantia do atendimento essencial à saúde pública e volume mínimo per capita; direitos e deveres dos usuários; controle social; sistema de informações; intervenção e retomada do fundo municipal de saneamento; instrumento de aprovação da política.

Fonte: Elaboração própria.

Aspectos éticos

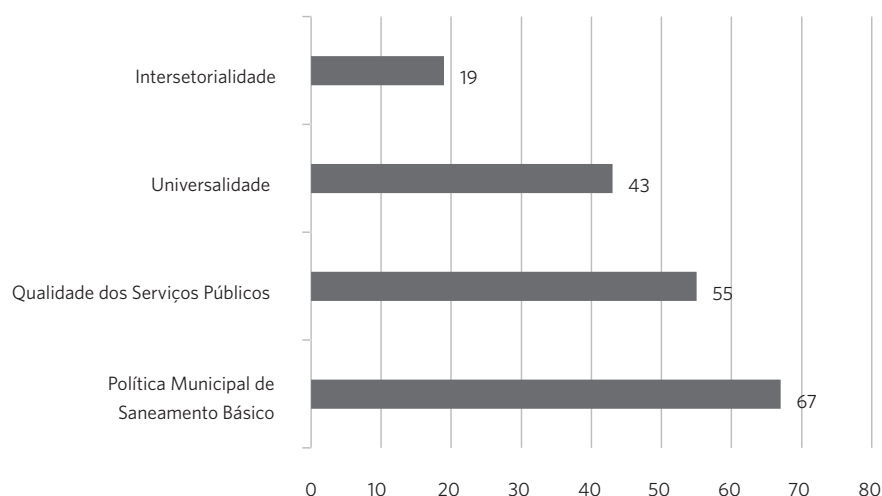
A presente pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Ensp/Fundação Oswaldo Cruz, obedecendo à Resolução CNS nº 510/2016.

Resultados e discussões

Foram localizados 189 acórdãos (2007-2018)

baseados nas categorias de análise²¹, destacando-se os argumentos principais das decisões; e, em seguida, a análise crítica, os impactos na implementação da política sanitária, além de ressalvas pessoais sobre o teor da decisão, que são apresentados no *gráfico 1*, mostrando as decisões que não cumpriram os objetivos pautados na Lei nº 11.445/07³, representados por 97,36% dos acórdãos (n=184).

Gráfico 1. Distribuição temática por categoria, TJRJ 2007-2018 (n=184)



Categoria: Política Municipal de Saneamento Básico

Não cumpre objetivos, pois não assegura finalidade maior do saneamento básico – preocupa-se apenas com cobrança, fracionando um problema em última instância de saúde pública, postergando a solução com impactos drásticos na saúde e no meio ambiente.

Não há que se confundir rede de esgoto com rede de águas pluviais e autorizar a cobrança da tarifa utilizando-se de rede de água pluvial com lançamento dos dejetos, *in natura*, nos seus leitos; é forma de subsídio à poluição que mata nossos rios e ameaça o nosso mar. Não se pode prestigiar as poluidoras – ressalva nos acordos privilegiando o impacto ambiental, desempenhando o judiciário papel na implementação das políticas sanitárias.

Não reconhece legitimidade individual diante da qualidade do direito – transindividual –, cita Lei de saneamento para evitar que o judiciário intervenha não podendo ser atendido um cidadão. A decisão se divorcia do enfoque correto da saúde, sendo a coletividade beneficiada de forma reflexa, não cumprindo objetivo, com impacto negativo.

Categoria: Qualidade dos Serviços Públicos

Não cumpre papel atuando de forma negativa, não colaborando para a implementação da política de saneamento e a universalidade. É interessante destacar decisões judiciais que negam responsabilidade da concessionária afirmando que cabe ao ente federativo a implementação, porém, quando o ente ocupa o polo passivo da demanda, suscitam os julgadores reserva do possível, discricionariedade, limitações orçamentárias, ignorando-se a essencialidade desse primeiro e necessário estágio de dignidade por qualquer indivíduo. Entende o pesquisador que aqui não há que se falar em qualquer dose de discricionariedade pelo administrador. Serviço cuja ausência retira a condição de humano de qualquer indivíduo.

Categoria: Universalidade

Em que pese se tratar de direito indivisível, é evidente que a situação se traduziria em uma melhor qualidade de vida e saúde por todos, privilegiando-se aspectos processuais em detrimento da realidade material, entendendo o ora

pesquisador que o princípio do notório bem-estar social pode excepcionar as amarras processuais, revelando-se que o apego à regra instrumental, processual, pode também representar um desafio à implementação da política de saneamento básico, não desempenhando, nesse caso, seu papel de implementação da política sanitária.

Não se observou discricionariedade diante da flagrante essencialidade do serviço, primeiro estágio de dignidade. Primazia do caráter instrumental em detrimento da realidade e saúde das pessoas. Não há liberdade de escolha do administrador quando se lida com direitos do núcleo mínimo da dignidade. A omissão tem consequências perversas para todos como proliferação de doenças. Exemplo – *Aedes aegypti*. A decisão não cumpre papel e elenca obstáculos para a política de saneamento, inclusive do próprio entendimento judicial, com impactos negativos para a coletividade.

Categoria: Intersectorialidade

Argumentos da decisão, confirmando o papel do TJRJ na implementação das políticas públicas. Desafios também abordados: escassez de recursos, recursos mal alocados em áreas desnecessárias em detrimento da área de saneamento.

Cuida-se de ação de responsabilidade civil combinado com obrigação de fazer objetivando obra para instalação de manilhamento da rede de esgoto sanitário, bem como de rede de escoamento de águas fluviais e ainda pavimentação da rua onde moram os autores.

Não se duvida das condições precárias de diversos bairros em nosso estado, principalmente, os carentes que não coadunam com os preceitos constitucionais sociais e os direitos e garantias fundamentais. No entanto, o que se deve aqui indagar é se, efetivamente,

a administração pública possui condições de oferecer condições melhores à população.

Embora não se pretenda nesse voto ampliar os limites objetivos da lide, responder a essa indagação englobaria uma questão maior e que diz respeito a toda a população brasileira, e não somente à população que reside na localidade onde residem os autores.

Lamentavelmente, é notório que muitas vezes os direitos básicos de todos os brasileiros (educação, saúde, alimentação, saneamento básico, moradia, segurança, entre outros) também não são assegurados, embora sejam todos previstos em nossa Constituição.

É certo que uma administração pública inadequada colabora para tal situação, no entanto, não se pode olvidar, essa é uma realidade em nosso País, que, muitas vezes, isso ocorre pela escassez de recursos econômicos diante das inúmeras questões sociais e necessidades da vida. Destarte, conceder reparação moral às pessoas moradoras em localidades carentes, nessas circunstâncias, só aumentaria os gastos públicos, inviabilizando ainda mais as políticas públicas de relevante interesse social e até mesmo as destinadas à melhoria no saneamento básico e pavimentação das ruas.

Aspectos positivos

Com a análise da jurisprudência, buscou-se dar destaque de decisões reputadas importantes. O quadro 2 apresenta as decisões que cumpriram os objetivos pautados na Lei nº 11.445/07³, representadas por 2,64% dos acórdãos (n=5).

Em análise mais detalhada com base nos argumentos extraídos a partir da Jurisprudência encontrada, são elencados, inicialmente, os argumentos favoráveis e desfavoráveis à atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à política de saneamento básico ante os acórdãos.

Quadro 2. Decisões judiciais proferidas pelo TJRJ que se pautaram na Lei nº 11.445/07³, com impacto positivo quanto ao julgamento dos recursos relativos ao tema de pesquisa (2007-2018)

Acórdão	Análise de jurisprudência
00296462007.8.19.0000	Cumprir papel e tem impacto positivo. Ressalta descumprimento à Lei nº 11.445/073 e mitigação da intangibilidade do mérito administrativo. Risco iminente de lesão. Entende-se que não se trata de situação de risco, mas sim de dano concreto já ocorrido. Ressalta o julgado natureza inadiável do serviço.
001176840.2008.8.19.0000	Cumprir seu papel e atua positivamente na implementação da política de saneamento. Combate à omissão do Município do Rio de Janeiro com base em questões unicamente patrimoniais. Caráter de urgência da providência.
002351547.2009.8.19.0001	Trata diferentemente questão da legitimidade, possibilitando a ação individual, mesmo com repercussão na tutela coletiva, reconhecendo relação de consumo, não vendo intromissão nos programas de governo ou violação do Princípio da Reserva, reconhecendo legitimidade da concessionária. Cumprir objetivo da política sanitária e destoa de representativa jurisprudência em sentido contrário.
00235152009.8.19.0001	Trata diferentemente questão da legitimidade, possibilitando a ação individual, mesmo com repercussão na tutela coletiva, reconhecendo relação de consumo, não vendo intromissão nos programas de governo ou violação do Princípio da Reserva, reconhecendo legitimidade da concessionária. Cumprir o objetivo da política sanitária e destoa de representativa jurisprudência em sentido contrário.
485062008.8.19.0001	Reconhece relação de consumo-consumidor por equiparação. Rede de esgoto já existe estando obstruída. Não estaria atuando o judiciário nesse caso na implementação da política pública. Ressalva o pesquisador, todavia seu entendimento que mesmo se não existisse a rede poderia ser determinada a implantação.

Fonte: Lei nº 11.445/07³.

Contrariamente à atuação jurisdicional, foram identificados os seguintes argumentos após o estudo da jurisprudência: não pode ocorrer a intervenção judicial em uma demanda individual por se deparar com direito indivisível que atinge grupo indeterminado diante do Princípio da Reserva do Possível e Separação de Poderes, além da Doutrina da Aproximação (iniciativa que mais se aproxima do desiderato constitucional, diante da impossibilidade material de solução imediata de todos os problemas da coletividade), sem falar no respeito ao Poder Discricionário da administração pública nas políticas de massa, definição de prioridades e planejamento de ações, com juízo de oportunidade e conveniência, impossibilidade de judicialização de política pública com conflito coletivo de interesses de largo espectro, já que o Judiciário não pode exercer juízo de valor sobre as opções do administrador, demandas que requerem

planejamento global, integrado e interdisciplinar, não podendo o Judiciário determinar a realização, privilegiando parte da população em detrimento do restante, violando o Princípio da Igualdade, eventual condenação de danos morais inviabilizaria a implementação das políticas públicas, questões com complexidade técnica e orçamentária, obras em locais de ocupação desordenada e de grande extensão, não podendo substituir o administrador, efetivação de direitos sociais fundamentais dependentes de política pública demandam planejamento global, sendo a intervenção judicial incompatível com a cláusula pétrea de separação de poderes, impossibilidade de o Judiciário exercer controle absoluto sobre políticas públicas, devendo a intervenção ser excepcional, quando possível e exigência razoável de intervenção do Poder Público. Decisão judicial não pode determinar exercício do Poder de Polícia pelo ente político por falta de exequibilidade.

Favoravelmente à atuação jurisdicional, foram identificados basicamente os elementos que seguem: direito social relacionado com os direitos fundamentais da saúde e meio ambiente equilibrado, devendo ser demonstrada a reserva do possível, e não simplesmente alegada. A intervenção não viola a igualdade ao revés à implementa. Não se pode admitir omissão do Estado com base em interesses meramente patrimoniais e orçamentários, desqualificando a dignidade e a saúde. Enfrentamento diverso da questão da legitimidade, possibilitando ação individual com repercussão na tutela coletiva, não havendo intromissão nos programas governamentais ou violação do Princípio da Reserva. O Judiciário não está atuando propriamente na implementação da política pública, mas apenas verificando fatos que causam danos à parte. Mitigação do Princípio da Separação de Poderes, corrigindo-se a atuação institucional que prioriza obras desnecessárias em detrimento do meio ambiente, saúde e dignidade da população. O processo de ponderação dos interesses em conflito enseja a intervenção jurisdicional diante das escolhas em desacordo com o desenho constitucional. A Teoria do Desenvolvimento e da Efetivação das Normas Constitucionais ressalta que as regras disciplinadoras e reconhecedoras de direitos fundamentais dão ensejo à prestação jurisdicional independentemente da classificação de eficácia limitada ou contida, buscando-se máxima efetividade das normas constitucionais. Reconhecimento da omissão e violação negativa da Constituição Federal. A reserva do possível é limitada pela intangibilidade do mínimo existencial, o qual abarca direitos sociais. A implementação do saneamento básico consiste em atividade preventiva da área de saúde, reduzindo-se risco de doenças. O Legislador (Lei 11.445/2007³ – art. 2º) reconhece a íntima relação entre o direito ao saneamento com o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Universalização do saneamento básico se as escolhas administrativas estão em desacordo, o Judiciário deverá

corrigir diante da ofensa à regra constitucional. O Judiciário tem o poder-dever de garantir a eficácia dos direitos fundamentais. A intervenção não cuida da elaboração da política pública de saneamento básico, mas, sim, sobre a efetivação da política já existente e a inércia na prestação adequada. Superação da tese de ingerência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas, entendendo que se trata, reversamente, da preservação do Princípio da Separação dos Poderes com base no modelo norte-americano de Freios e Contrapesos, prevalecendo a ideia de controle e vigilância de um Poder sobre o outro, desenho da nova democracia constitucional.

A pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas, devendo-se avaliar a ação pública destinada a reduzir desigualdade ou pobreza, sendo a relação renda e capacidade acentuadamente afetada, por exemplo, pelas condições epidemiológicas, envolvendo o desenvolvimento à expansão de liberdades básicas, sabendo-se que muitas pessoas têm pouco ou nenhum acesso a serviços de saúde, negando-se a milhões liberdades básicas de sobreviver, o que abarca saneamento básico e água tratada²².

Sendo assim, é fundamental a consideração da pobreza e do exercício deficiente de liberdades básicas na consideração da atuação jurisdicional e da fecunda possibilidade de se construir, por meio dela, uma realidade social mais justa e equânime.

A extensão da desigualdade real de oportunidades com que as pessoas se defrontam deve ser deduzida de uma variedade de características físicas e sociais que afetam suas vidas, fazendo dos indivíduos o que são²³; ideia capaz de mensurar adequadamente a importância de uma política efetiva de saneamento básico e, conseqüentemente, da tão desejada democracia, a qual não se esgota em um plano puramente formal.

Quando se trata da justiciabilidade de uma política pública, nasce a controvérsia, cujos questionamentos para o jurista são: a) saber se os cidadãos podem exigir judicialmente a

concretude de políticas públicas e a prestação de serviços públicos; b) saber se o Judiciário pode provocar a execução das políticas e de que forma o fazer²⁴.

Contudo, no âmbito das políticas públicas, garantidoras das condições mínimas existenciais sob condições dignas à sobrevivência do ser humano, a hodierna interpretação jurisprudencial dominante nas instâncias superiores cogita intervir judicialmente nos poderes para implementá-las. Bucci²⁵ aponta a ocorrência de escassa jurisprudência no Brasil sobre o assunto, com decisões reiteradas na seara ambiental, exurgindo o equilíbrio entre os poderes, questão que está distante de ser equacionada.

A Lei nº 11.445³ foi aprovada depois de quase duas décadas marcadas pela ausência de regulamentação e ordenamento jurídico, e estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico, que passa a ser compreendido como o conjunto das ações de abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo dos resíduos sólidos e manejo das águas pluviais. A Lei também definiu novas atribuições para os municípios, como titulares dos serviços, entre elas, a implantação da política e a elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB). A gestão dos serviços passa a englobar o conjunto das atividades de planejamento, prestação dos serviços, regulação e fiscalização, todas elas acompanhadas e submetidas à participação e ao controle social. Além disso, o saneamento passa a ser orientado pelos princípios da universalização, integralidade, intersectorialidade, adoção de tecnologias apropriadas, consideração das peculiaridades locais e regionais, eficiência e sustentabilidade econômica, transparência, segurança, qualidade e regularidade.

O PMSB consiste em um dos principais instrumentos da política municipal, além de ser uma condição para a validade dos contratos de prestação dos serviços e um requisito para o acesso a recursos federais a partir de 2014. Em função disso, os municípios têm iniciado a implementação da Lei por meio da elaboração do plano, entretanto, em muitos casos, sem

incorporar os princípios, o conteúdo mínimo e o processo participativo requeridos²⁶. Por outro lado, percebe-se que parte dos planos também não emprega metodologias adequadas de planejamento ou adota métodos não condizentes com os princípios da Lei nº 11.445³.

O planejamento baseado em cenários, também conhecido por Prospectiva Estratégica²⁷, vem-se consolidando como a principal técnica de prospecção e normalmente contempla as etapas: 1) formulação e análise do problema, delimitando o sistema no qual o objeto a ser planejado está inserido, geralmente de forma participativa; 2) diagnóstico do sistema, contemplando a organização e o ambiente, os processos, as árvores de competência e a análise estratégica; 3) identificação e hierarquização das variáveis que exercem maior influência na evolução do sistema; 4) identificação da dinâmica da organização, seu ambiente, desenvolvimento, estratégias dos atores e arenas; 5) redução de incertezas por meio da consulta a especialistas, para identificar tendências e detalhar cenários mais prováveis; 6) destaque dos projetos mais coerentes e opções estratégicas compatíveis com a identidade da organização e com o cenário mais provável; 7) avaliação das opções estratégicas; 8) escolhas estratégicas e hierarquização de objetivos envolvendo uma instância colegiada; e 9) definição de metas, pactuação de objetivos, definição de um sistema de monitoramento idealmente externo à organização.

A utilização do saneamento como instrumento de promoção da saúde pressupõe a superação dos entraves tecnológicos políticos e gerenciais que têm dificultado a extensão dos benefícios aos residentes em áreas rurais, municípios e localidades de pequeno porte. A maioria dos problemas sanitários que afetam a população está intrinsecamente relacionada com o meio ambiente e, conseqüentemente, à gestão pública. Cabe destacar que, do estrito ponto de vista da saúde pública, o impacto do saneamento básico repercute em intervenções que podem influenciar sobre o homem²⁸. Dessa forma, para uma melhor compreensão

do problema, duas vertentes se mostram pertinentes: i) a primeira diz respeito aos modelos que têm sido propostos para explicar a relação entre ações de saneamento e a saúde, com ênfase em distintos ângulos da cadeia causal; ii) a segunda vertente consiste em classificar as doenças segundo categorias ambientais cuja transmissão está ligada ao saneamento, ou à falta de infraestrutura adequada.

Assim, a partir dessas classificações, o entendimento da transmissão das doenças relacionadas com o saneamento passa a constituir um instrumento de planejamento das ações, com vistas a considerar de forma mais adequada seus impactos sobre a saúde do homem³⁰. Com efeito, ao governo federal, é necessário sugerir que fortaleça os seus mecanismos de apoio, tanto técnicos como financeiros, à elaboração de planos.

Ao governo estadual, recomenda-se que busque estratégias e mecanismos para apoiarem os municípios na superação dos desafios apontados, mas de forma que não comprometam a autonomia e a coordenação atribuída a esses pela Lei nº 11.445³.

Por fim, entende-se que o governo federal deva avaliar o conteúdo mínimo relativo às ações de saneamento que deveriam atender à legislação vigente, para que, quando liberasse recursos financeiros para os municípios, pudesse fomentar o aprimoramento dessas ações. Portanto, há que se considerar a necessidade de ampliar ações de apoio, assistência técnica, capacitação, entre outras, daquelas consideradas como medidas estruturantes, para que os governos estaduais e federais possam contribuir para a melhoria do planejamento e da gestão municipal.

Considerações finais

A dinâmica urbana vivenciada pela população no que concerne aos serviços de coleta e tratamento de esgoto, aliada aos objetivos do desenvolvimento sustentável, tem o foco de erradicar, dentre outros, a discrepância

em termos de acesso ao saneamento, conforme exaustivamente demonstrado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em seus relatórios anuais. A meta dos Objetivos do Desenvolvimento Milênio em relação ao saneamento no mundo não foi completada na vigência da agenda 2015, e novamente foi incorporada na agenda 2030 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. No Brasil, a situação não é diferente, mesmo tendo avançando no que tange às políticas públicas, o setor ainda não evolui como deveria, e a população ainda carece de serviços de esgotamento sanitário.

Em decorrência da acelerada globalização, cada vez mais, surgem novos desafios na contemporaneidade; e para acompanhar essa progressão, o poder público deve exibir políticas públicas em busca de satisfazer as novas demandas sociais para fins de promover a efetivação de direitos.

O nível mais elevado de enfrentamento das pressões sobre o meio ambiente urbano situa-se na esfera de desenvolvimento urbano vigente, segundo os modelos de incentivo e financiamento praticados pelo governo federal. É notória a ausência do poder público municipal, estadual e federal em matéria de política pública urbana nos últimos anos, seja na definição de diretrizes, seja na oferta de linhas de financiamento, particularmente em saneamento. Assiste-se, assim, à agudização do quadro de problemas urbanos, desequilíbrio e comprometimento da estrutura urbana, com reflexos diretos nos condicionantes ambientais e de saúde pública.

É evidente que o exemplo deve vir do Estado, porque, não raro, esse é o principal poluidor. A despeito das leis ambientais e urbanísticas existentes, o que vemos no setor de saneamento básico é ambientalmente insustentável. Passaram-se décadas sem investimentos maciços na rede coletora de esgotos, a qual, quando existente, não desempenha a contento seu papel. Os esgotos não são tratados e desaguam impunemente nos cursos d'água, contaminando-os. O Estado deve implementar

as ações visando solucionar os *deficit* no setor de saneamento básico, por meio de formulação de políticas públicas coordenadas. Entretanto, o Governo não deve ser o único ator na formulação dessas políticas, já que a sociedade, por meio dos mais diversos setores, deve participar.

Espera-se, com análise das decisões judiciais e discussão doutrinária do que seja política pública, bem como questões relativas ao ativismo judicial, judicialização da política, reserva do possível e questões orçamentárias, no que se refere, em particular, à política de saneamento básico na cidade do Rio de Janeiro, que possam ser obtidos elementos aptos a superarem quadro de *deficit* desse serviço essencial, sem falar em uma melhor formulação e efetividade das próprias políticas públicas, contribuindo-se para um aperfeiçoamento da atuação dos agentes políticos, do Poder Judiciário e da própria sociedade.

Admitir um mero transporte de dejetos sem os necessários processos de tratamento representa desprezo às consequências ambientais e de saúde pública que necessariamente surgirão a partir de uma prática mitigada de um serviço notoriamente essencial.

Uma vez realizada a análise do acervo jurisprudencial, no total de 189 acórdãos proferidos pelo TJRJ a partir do advento da Lei nº 11.445³, delimitando-se, dessa forma, o período de 2007 até 2018, ficou denotada uma atuação muitas vezes tímida do Poder Judiciário, privilegiando-se questões instrumentais, processuais e meramente econômicas em detrimento do substancial direito material sob enfoque, ou seja, a saúde e seu espectro público, cuja ofensa sacrifica não determinado usuário ou parcela da coletividade, mas, sim, toda a sociedade de forma direta ou reflexa.

Na análise jurisprudencial, encontrou-se de forma reiterada certo entendimento de que o indivíduo não poderia isoladamente buscar a tutela, por exemplo, de pavimentação e implantação da rede de esgoto no local onde reside, pois, trata-se de um direito transindividual, coletivo ou difuso, faltando legitimidade ao mesmo.

Todavia, quando a mesma pretensão aparecia em uma ação coletiva superando-se a questão processual da legitimidade, esbarrava-se em argumentos contrários à implementação da política pública, agora com o discurso das limitações orçamentárias, discricionariedade administrativa, reserva do possível, escolha pelo administrador sobre o que implementar diante da escassez de recursos etc., culminando, enfim, com a não prestação do serviço e com as toneladas de dejetos acumulando-se de forma assustadora a cada dia.

Se, em 2007, os dados já não eram satisfatórios, em 2018, com o crescimento demográfico desordenado das cidades, em particular da cidade do Rio de Janeiro e seu processo de favelização crescente e ininterrupto, o quadro só se agrava, citando-se, por exemplo, as conhecidas epidemias de dengue, zika e chikungunya, inteiramente relacionadas com a falta de infraestrutura básica.

Sabe-se que a saúde tem aspectos não só biológicos, mas igualmente sociais e psicológicos, bastando um olhar para as dezenas de áreas de ocupação irregular da cidade do Rio de Janeiro para sentir o impacto das imagens que consagram verdadeira degradação humana, quadro de horror com seres humanos cercados de dejetos e odores insuportáveis.

Abstraindo-se a questão das doenças e do aniquilamento do humano, fica a indagação do direito ao mínimo de beleza e organização de suas vidas em um ambiente agradável e digno.

O Judiciário não pode se furtar no novo conceito de democracia contemporânea de seu papel, legítimo e democrático de verdadeiro agente implementador de políticas públicas, nada havendo de anômalo nesse fenômeno próprio do século 21, tratando-se de correta atuação jurisdicional diante da lesão a um direito constitucionalmente estabelecido (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal), ou seja, o de assegurar saúde e uma existência digna.

Não há lugar para espaços e omissões institucionais em uma sociedade que verdadeiramente enxergue o ser humano e

entenda a pobreza como uma negativa de condições de cidadania básica.

O próprio atual contexto político, no qual ressurgem postulados neoliberais de uma atuação estatal menos forte no campo assistencial e privatização no campo do saneamento básico, tem que ser dimensionado com extremo cuidado quando lida com uma sociedade como a brasileira, pois vive-se em um país que ainda não consegue assegurar, por exemplo, acesso universal de sua população sequer a um vaso sanitário.

A pergunta sobre o papel do Poder Judiciário, as possibilidades de intervenção, o ativismo judicial, a discricionariedade administrativa, as limitações orçamentárias, os aspectos processuais em detrimento ao direito material e tantas outras questões indicadas após a análise da jurisprudência do presente trabalho são pontos que passam necessariamente pela percepção da realidade que se encontra ao redor, até porque o Direito é um fenômeno nitidamente social; e se isolar em uma abstração mental, onipotente e onipresente, nada proporcionará em termos de universalização de saúde, combate à pobreza e enfrentamento mesmo da violência urbana, não havendo dúvidas de que esgotos a céu aberto são campos profícuos para o nascimento e proliferação não só de doenças biológicas,

mas também contribuem assustadoramente para o próprio apodrecimento da possibilidade do próprio humano, o qual se deteriora.

O Judiciário dispõe da possibilidade de intervir e contribui para um quadro mais nobre e digno, e tal perspectiva não surge por ser este um ator principal, mas um ator importante, tanto quanto os demais Poderes constituídos e a própria sociedade, pois, nessa ordem, não há lugar para protagonismos e segregações, visto que todos são igualmente necessários e têm um papel relevante a desempenhar.

O mundo exige compromisso e responsabilidade com a vida, sendo esta encarada em sentido amplo e irrestrito, lutando-se para o desaparecimento de todas as situações que não possam traduzir plenitude, respeito e inclusão.

Colaboradores

Pitassi SLB (0000-0002-7786-6588)* contribuiu para a concepção, o planejamento, a análise e a interpretação dos dados; e aprovação da versão final do manuscrito. Ferreira AP (0000-0002-7122-5042)* contribuiu para a concepção, o planejamento, a análise e a interpretação dos dados; revisão crítica do conteúdo; e aprovação da versão final do manuscrito. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Soares SRA, Bernardes RS, Cordeiro Netto OM. Relações entre saneamento, saúde pública e meio ambiente: elementos para formulação de um modelo de planejamento em saneamento. *Cad. Saúde pública*. 2002; 18(6):1713-1724.
2. Schertenleib R. From conventional to advanced environmental sanitation. *Water Sci. Technol.* 2009; 51(10):7-14.
3. Brasil. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências [internet]. *Diário Oficial da União*. 6 Jan 2007. [acesso em 2017 set 19]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm.
4. United Nations General Assembly. Human right to water and sanitation. Geneva: United Nations General Assembly; 2010.
5. United Nations Human Rights Council. Resolution on the human right to safe drinking water and sanitation. Geneva: United Nations Human Rights Council; 2010.
6. Nahas MIP, Moura ASA, Carvalho RC, et al. Desigualdade e discriminação no acesso à água e ao esgotamento sanitário na Região Metropolitana de Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. *Cad. Saúde Pública*. 2019; 35(4):1-17.
7. Meier BM, Kayser GL, Amjad UQ, et al. Implementing an evolving human right through water sanitation policy. *Water Policy*. 2013; 15:116-133.
8. United Nations. Universal Declaration of Human Rights. G. A. Res. 217A (III), at 71, U.N. GAOR, 3rd Session, 1st plenary meeting. New York: United Nations; 1948.
9. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
10. Marmelstein G. Curso de direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo: Atlas; 2014.
11. Pinho RCR. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva; 2003. In: Leoneti AB, Prado EL, Oliveira SVWB. Saneamento básico no Brasil: considerações sobre investimentos e sustentabilidade para o século XXI. *Rev. Adm. Pública*. 2011; 45(2):331-348.
12. Corrêa D, Quadrado CM. O direito à saúde e o papel do Judiciário para a sua efetividade no Brasil. *Desenvolv. Quest.* 2004; 2(3):45-70.
13. Riani FAA. Constituições programática, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário. *Sequência (Florianópolis)*. 2013; 66:137-160.
14. Cuevas JC, Martini SR. Hacia la construcción de un concepto de democracia sanitaria: una mirada desde la sociología de las constituciones y la conexidad constitucional. *Cad. Programa Pós-Grad. Direito – PPGDir./UFRGS*. 2017; 12(1):57-72.
15. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.421.84316 [internet]. Brasília, DF: STJ; 2011. [acesso em 2017 set 17]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136210/recurso-especial-resp-1421843-rj-2011-0268849-1-stj/relatorio-e-voto-25136212>.
16. Calado SS, Ferreira SCR. Análise de documentos: método de recolha e análise de dados [internet]. [local desconhecido]: DEFCUL; 2005. [acesso em 2017 abr 12]. Disponível em: <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/ichagas/mil/analisedocumentos.pdf>.
17. Dworkin R. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes; 2007.

18. Habermas J. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I [internet]. Rio de Janeiro: Unesp; 1997. [acesso em 2017 abr 12]. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Jurgen-HabermasDireito-e-democracia-v.I.pdf>.
19. Alexy R. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2002.
20. Carvalho JBCL. Sobre os limites da argumentação judicial: ativismo judicial, Jürgen Habermas e Chantal Mouffe. *Rev. Direito Público*. 2013; 8(1):9-52.
21. Bardin L. Análise de conteúdo. Lisboa: Edições 70; 2011.
22. Sen A. Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras; 2000.
23. Sen A. Desigualdade Reexaminada. Rio de Janeiro: Record; 2001.
24. Bucci MPD. O conceito de política pública em direito. In: Bucci MPD, organizadora. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
25. Bucci MPD. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva; 2002.
26. Pereira TST, Heller L. Planos municipais de saneamento básico: avaliação de 18 casos brasileiros. *Eng. Sanit. Ambient*. 2015; 20(3):395-404.
27. Buarque SC. Metodologia e técnicas de construção de cenários globais e regionais. Texto para discussão nº 939. Brasília, DF: Ipea; 2003.
28. Ferreira AP. Inspeção microbiológica para avaliação da qualidade das águas ambientais. *Rev. bras. farm.* 2003, 84(2):61-63.
29. Ferreira AP, Cunha CLN. Environmental sustainability of water resources in the city of Rio de Janeiro, Brazil. *Rev. panam. salud pública*. 2005, 18(2):93-99.

Recebido em 31/07/2019

Aprovado em 23/10/2019

Conflito de interesses: inexistente

Suporte financeiro: não houve

O sistema de justiça biologizante-mecanicista na hermenêutica poético-linguística

The biological-mechanistic justice system in poetic-linguistic hermeneutics

André Felipe Alves da Costa Tredinnick¹, Maria Helena Barros de Oliveira²

DOI: 10.1590/0103-11042019S411

RESUMO O presente texto analisa o sistema de justiça biologizante-mecanicista, assim entendido o hegemônico pela hermenêutica poético-linguística heideggeriana. Para tanto, é utilizado o ensaio crítico, forma de pensamento de maior alcance que a dogmática de uma metodologia, como diz Adorno. De início, apresenta-se a hermenêutica poético-linguística, que demonstra que, em algumas ocasiões, pensamentos sedimentados impedem a abertura de perspectivas para o reexame radical de uma questão. Não raras vezes, o pensamento ocidental encontra-se moldado pela perspectiva da metafísica-conceitual, que limita a investigação à localização de essências e à busca de categorias para satisfazer essa cosmologia. A seguir, demonstra-se que sistema de justiça convencional é herança do medievo sem solução de continuidade em suas concepções até os dias de hoje em todas as suas formulações estruturantes. Na Modernidade, é permeado por teses vitalistas e mecanicistas com pretensões a justificá-lo de um ponto de vista racional. Tais teses modernas, embora superadas pela ciência, continuam a constituir paradigma ativo do sistema de justiça contemporâneo. Assim, vem sendo construído como um algoritmo, a restringir a atividade humana, criativa e caótica, a uma função maquinal. A repercussão para o processo saúde-doença é apreciável e deve ser investigada apropriadamente.

PALAVRAS-CHAVE Direitos humanos. Estado. Hermenêutica. Saúde.

ABSTRACT *The present text analyzes the biological-mechanistic justice system, understood as the hegemonic by Heideggerian poetic-linguistic hermeneutics. For that, it is used the critical essay, a more far-reaching form of thought than the dogmatic one of a methodology, as Adorno says. First, poetic-linguistic hermeneutics is presented, which demonstrates that on some occasions sedimented thoughts prevent the opening of perspectives for the radical reexamination of an issue. Not infrequently, Western thought is shaped by the perspective of conceptual metaphysics, which limits a given research to the localization of essences and the search for categories to satisfy such cosmology. Next, it is showed that the conventional justice system is a medieval heritage with no solution of continuity in its conceptions to the present day in all its structuring formulations. In Modernity, it is permeated by vitalist and mechanistic theses with pretensions to justify it from a rational point of view. Such modern theses, although surpassed by science, continue to constitute an active paradigm of the contemporary justice system. Thus, it has been constructed as an algorithm, restricting human activity, creative and chaotic, to a mechanical function. The repercussion for the health-disease process is appreciable and should be investigated appropriately.*

KEYWORDS *Human rights. State. Hermeneutics. Health.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
andre.tredinnick@yahoo.com.br

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

Pretender analisar de modo radical o sistema de justiça convencional dos Estados contemporâneos impõe exsudar todo o condicionamento insuperável do pensamento do interior da linguagem, para promover um pensamento original, no sentido de superar a forma de pensar que busca essências, categorias e predicados para explicar, definir e catalogar instituições humanas. O desafio talvez seja como questionar efetivamente a questão?¹.

Talvez o imprescindível seja se apropriar dessa forma de pensar, que é poetizar: a mais inocente de todas as ocupações¹, assumindo a angústia de lidar com o mais perigoso de todos os bens, a linguagem, uma vez que somos um diálogo e nos escutamos uns aos outros², como os poetas fornecem, na análise de Nunes². Portanto, dentro da hermenêutica poético-linguística, diz-se poeticamente o que só pode ser interpretado de modo pensante³, isto é, escapa-se da sina metafísica-conceitual e busca-se, pela ferramenta da obra de arte, formular perguntas para investigar de modo percuciente a questão.

Especialmente no campo do Direito, há forte resistência a essa hermenêutica heideggeriana, tanto a inicial (da facticidade), que buscava o ‘Ser das coisas’, quanto a tardia (poético-linguística), vista como precipitada, pouco rigorosa, por vezes enigmática e que dificilmente poderia ser aproveitada na esfera jurídica, que exigiria um discurso racional⁴.

Aceitar algo da hermenêutica poético-linguística seria – sob essa crítica – algo ainda menos apropriado, como render-se ao discurso antirracional, um anátema para a forma metafísico-conceitual delimitante da atual cosmologia do direito, que comumente se vale do discurso racional. Por cosmologia, entendo o modelo de compreensão do mundo que expressa a forma necessariamente mutável (e diversa) do pensamento humano⁵. Logo, há cosmologias.

Parece que a todo tempo há uma esfaimada necessidade de apresentar conclusões,

certezas, realidades e verdades. Contudo, é preciso não contrapor esses discursos: o racional e o poético não são autoexcludentes; pertencem ao humano de modo inseparável.

Pode ser oportuno apresentar uma perspectiva diversa de pensar, de modo a fornecer trilhas para um pensamento que busque experimentar situações mais originárias. Não posso falar de justiça convencional se não poeticamente, já que sou um diálogo. Não posso falar de processo saúde-doença sem o discurso poético. Se eu o fizer de modo racional, produzirei conceitos. Se o fizer de modo poético, já que não devo tirar poesia das coisas⁶, permitirei que a verdade do Ser floresça na linguagem, nesse mais perigoso de todos os bens. Essa não é a verdade das certezas, fruto do pensamento condicionado. O poema aqui, e como Heidegger⁷ enfatizou, é forma de arte igualmente possível, como um devir e um acontecer histórico da verdade e só acontece na medida em que é poetada, isto é, quando permite que a verdade brote, verdade não como expressão ‘do que é’, da construção científica das ‘verdades’, mas o não-estar-encoberto do ente enquanto ente⁷ e cuja beleza é o aparecer.

Criar uma instância dialógica, então, é o percurso do discurso poético, a ‘consequência’ do discurso poético, uma vez que o poema é forma de manifestação da linguagem, uma forma de linguagem tão forte que se ‘mostra’ o Ser⁸, por consequência, em sua essência, dialógico⁹.

Eis a chave de pensamento para, assumindo a angústia da consciência da finitude humana, com a abertura do Ser à existência, escapar da determinação do discurso da metafísica-conceitual, que domina o pensamento racional, de ordem representativa e, portanto, incapaz de seguir o rastro do não pensado e de desenvolver o que ainda resta a pensar.²

Que poesia? A ideia de finitude, necessária à angústia, tão bem poetada por Drummond, talvez possibilite, como diz Pöggeler¹⁰, não reduzir noção na categoria, princípio no juízo, a ligação da frase no final:

*E a matéria se veja acabar: adeus, composição que um dia se chamou Carlos Drummond de Andrade. Adeus, minha presença, meu olhar e minhas veias grossas, meus sulcos no travesseiro, minha sombra no muro, sinal meu no rosto, olhos míopes, objetos de uso pessoal, [ideia de justiça, revolta e sono, adeus, vida aos outros legada]*¹¹.

Conceitos, categorizações, predicções, estruturas prisionais da própria linguagem, são insuficientes, por qualquer ângulo, para não só a mínima compreensão de uma questão como especialmente permitir a produção de conhecimento pelo percurso da análise da questão.

No desenvolvimento da hipótese, foi utilizada essa chave de pensamento, ao propor caminhos de investigação não trilhados de forma original, próprios para a experimentação, para o despontar originário das questões, para a construção do conhecimento pela poiésis do pensamento como linguagem, que, na palavra-chave da linguística voloshinoviana, é diálogo: só existe língua onde houver possibilidade de interação social, dialogal. Na ação dialógica qualificada, a pessoa humana é sendo.

Talvez o Abaporu de Tarsila do Amaral¹² tenha mais potencialidade de desvelar uma questão posta, como o sistema de justiça convencional, do que qualquer tentativa de explicação científica que se lhe dê. Sendo *abá-pora-ú*, que deglute a colonização mental do pensamento metafísico-conceitual na análise do sistema de justiça convencional, ‘justiça codificação da vingança’, opera-se contra o mundo reversível e as *idéas objectivadas*. Cadaverizadas. O *stop* do pensamento que é *dynamico*. O indivíduo *victima* do *systema*. Fonte das injustiças clássicas. Das injustiças românticas. E o esquecimento das conquistas interiores¹³.

Nessa perspectiva de que um sistema de justiça não é redutível a uma fórmula mecanicista, não pode objetificar o ser humano nem se propor a solução total do conflito, mas, necessariamente, pode indicar um caminho para a experiência da justiça ela mesma.

Problemática

O sistema de justiça convencional, em sua forma estruturante, é um sistema de procedimentos fechados para a solução pragmática dos conflitos e é uma herança histórica, sem solução de continuidade, do sistema de justiça medieval, e talvez anterior, que na Modernidade ganha ares cientifzantes para legitimá-lo.

Ao se falar em um sistema de justiça, discute-se toda a ideologia envolvida na abordagem do conflito (assim delimitado o fato social ‘conflito’) com o intuito para promover seu desvelamento e tratamento.

Muitas vezes, entretanto, confunde-se ‘sistema de justiça’ com o ‘sistema de justiça legal’, ou ‘sistema de justiça convencional’, que, embora hegemônico, em absoluto, representa a totalidade das possibilidades de abordagem de um conflito.

O sistema de justiça convencional, na hegemonia que se apresenta nas sociedades contemporâneas, é uma aparente herança da Modernidade, período histórico que se inicia com as ‘conquistas das liberdades individuais’ nas revoluções liberais exitosas na Europa e nos Estados Unidos da América.

É imperioso observar, entretanto, que não houve ruptura entre os projetos medieval e moderno no que tange à cosmovisão do que se concebe como sistema de justiça convencional.

Tal sistema de justiça baseia-se desde sempre na falácia biologizante da premissa do livre arbítrio do sistema de justiça, pelo qual a pessoa humana seria dotada da livre escolha entre adotar ou não determinada conduta, o que não encontra respaldo em nenhuma análise científica. Não há a liberdade de decidir na mente humana. É um constructo, não um fato¹⁴.

Diversas hipóteses, como a teoria reichiana da psicologia das massas do fascismo¹⁵, demonstrando a limitação e a relevância de outra teoria, a do condicionamento social pela classe econômica, a influência ambiental, paralelos evolutivos entre os grandes primatas etc., demonstram que o livre arbítrio é insustentável como premissa de um sistema que se baseia

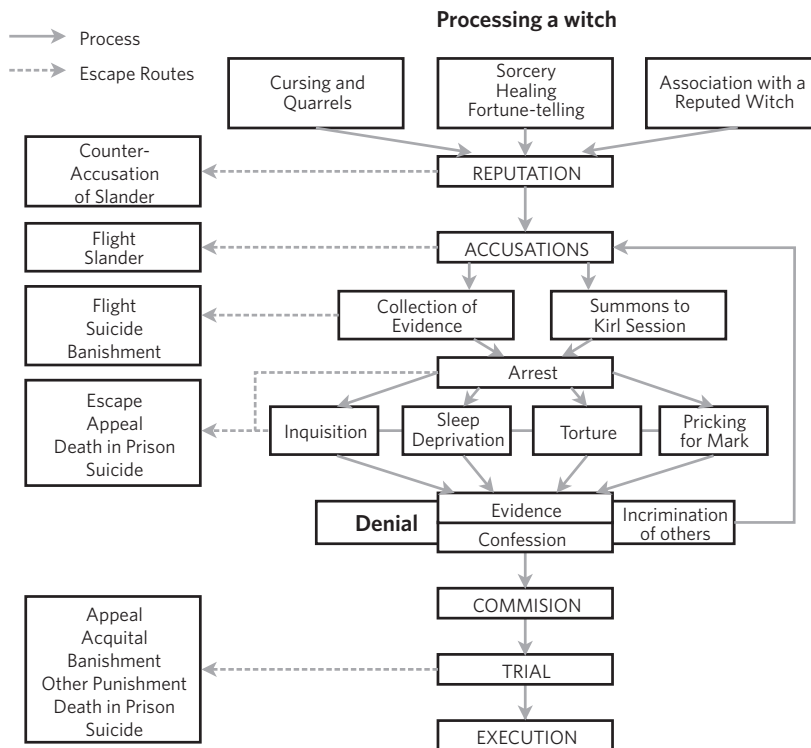
no cumprimento ou não de uma norma pela vontade humana.

Se não há ciência a sustentar a liberdade de escolha como pressuposto do sistema de justiça, como ele se mantém? Continuamos na senda

histórica da hermenêutica poético-linguística.

Propõe-se, desse modo, o sistema de justiça biologizante-mecanicista, o convencional, soa lógico na redução criada pela metafísica-conceitual, como expresso na *figura 1*.

Figura 1. Algoritmo do procedimento medieval de acusação de bruxaria



Fonte: Christina Larner a partir de Steven Box¹⁶.

Nota: A figura foi adaptada por Christina Larner em sua análise pioneira dos julgamentos de bruxas na Escócia.

A *figura 1*, adaptada a partir do modelo de Box¹⁶, apresenta o fluxograma do processo penal medieval e descreve as muitas interações sociais que o julgamento de uma mulher acusada de bruxaria envolveu, que aqui não são relevantes¹⁷.

Do medievo, esse fluxograma passa intacto pelo projeto moderno em toda sua estrutura, recebendo e plasmando a lógica mecanicista (e moderna) newtoniana: um mundo previsível, calculável, ordenado, pronto para ser descrito nas leis que, inexoravelmente, o sujeitam.

Essa cosmovisão levou à busca pela verdade

de todas as coisas¹⁸ que ainda hoje, fruto desse condicionamento insuperável do pensamento, encontra-se espraiada nas decisões dos tribunais brasileiros na apresentação de uma verdade.

O desenho ideal – o sistema de justiça como categoria – não mais importa. A ideia de que existe para aplicar o direito a situações concretas e garantir o cumprimento de obrigações jurídicas decorrentes da lei ou do costume, de decisões judiciais e de acordos privados e como *locus* de contestação das decisões públicas por meio de mecanismos como o controle de

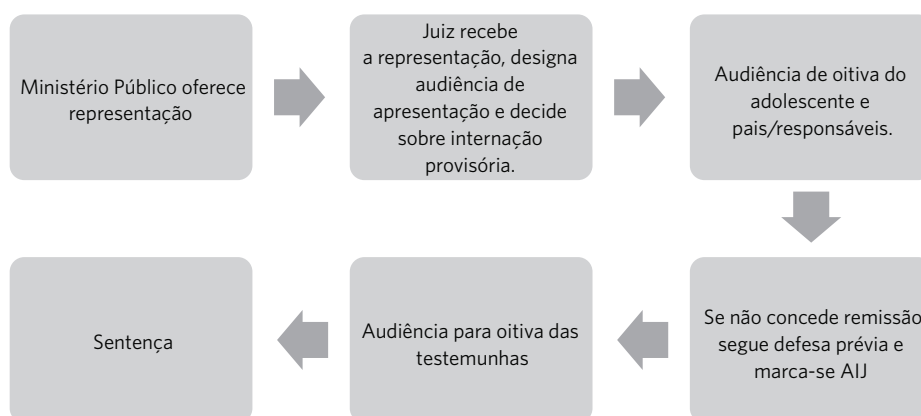
constitucionalidade ou tutela de interesses difusos e coletivos¹⁹.

Importa como estrutura fundante de uma racionalidade artificial, imposta, idealizada. Aí pode ser descrito como um sistema no qual um indivíduo, neutro, retendo autoridade e um saber, apresenta-se como julgador, distante das partes em litígio, ou do indivíduo que é acusado de uma prática ilícita, e com a instrução probatória proferirá uma decisão com força coativa sujeita a recurso.

Grosso modo, temos essas características já na Baixa Idade Média, como era praticado,

por exemplo, no Reino de Valencia, por meio dos chamados livros de ‘*Denunciacions*’: denúncias apresentadas ante a justiça criminal, seguidas, em alguns casos, da petição para que o magistrado averigue a verdade sobre os fatos expostos e, em outros, do desenvolvimento do processo até a promulgação da sentença²⁰. Tal estrutura é comum ao Tribunal da Inquisição, como se observa nos seus registros históricos²¹ e documentos oficiais²². A *figura 2* apresenta o procedimento hipotético, sem variáveis, da justiça da infância e juventude brasileira.

Figura 2. Procedimento hipotético de adolescente em conflito com a lei

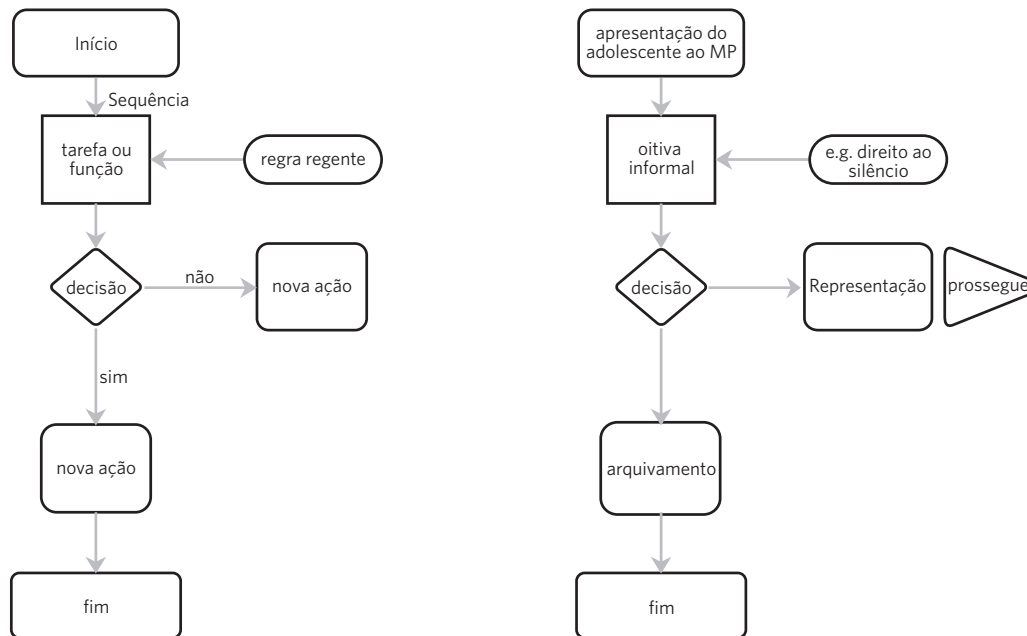


Fonte: Elaboração própria.

Se for expresso em um algoritmo, palavra derivada da latinização do nome do matemático persa Mohammad ibn Musa al-Khwarizmi (c. 780 – c. 850), concebido como um processo

ou conjunto de regras como instruções a serem seguidas para operações de solução de um dado problema²³, especialmente por um computador (*figura 3*), teremos:

Figura 3. Algoritmo da fase preliminar da apuração de ato infracional



Fonte: Elaboração própria.

Nota: Na parte esquerda da figura está o desenho do algoritmo em suas possibilidades hipotéticas, e na parte da direita, a transposição para um procedimento real da justiça da infância e juventude e sua continuação a partir da representação em novo algoritmo.

Esse ‘modo programável’ representa a lógica do processo, aqui esboçado em sua fase preliminar, com as convenções indicadas à esquerda e fases representadas à direita. Tal modelo se replica nas demais representações gráficas de qualquer procedimento do sistema de justiça convencional e de sua expressão matemática em algoritmo.

Transpondo esse mundo para o mundo ‘real’, temos, ali, na geografia da sala de audiências, a quase universal configuração arquetípica do poder – o ‘elemento terceiro’, a referência a uma ideia (regra universal) de justiça e uma decisão com poder executório, ali se encontram na ideologia do julgamento, nessa ‘anedota de civilização’:

Uma mesa; atrás dessa mesa, que os distancia ao mesmo tempo das duas partes, estão terceiros, os juízes; a posição destes indica

primeiro que eles são neutros em relação a uma e a outra; segundo, implica que o seu julgamento não é determinado previamente, que vai ser estabelecido depois do inquérito pela audição das duas partes, em função de uma certa norma de verdade e de um certo número de ideias sobre o justo e o injusto; e, terceiro, que a sua decisão terá peso de autoridade²⁴⁽⁴⁵⁾.

Em teoria, em todo o mundo, e considerado um marco civilizatório, o sistema de justiça convencional funda-se em regras, valores e princípios que se delineiam em um processo para promover a análise de um conflito e dirigido a uma solução – potencialmente sujeita a recurso – por uma corte imparcial e previamente existente.

O sistema de justiça convencional baseia-se inteiramente na construção da necessidade de

um corpo técnico de julgadores, acusadores e defensores distinto da figura do governante, na clássica concepção da tripartição de poderes e suas mitigações e relativizações tanto teóricas como fáticas ao longo da história.

Essa tecnologia garantiria a aplicação dessas regras, valores e princípios para possibilitar o ideário do que se entende por um ‘julgamento justo’, dotado sempre da imensa carga do ‘verdadeiro’: *‘o processo deve servir para a apresentação da verdade e não possuir caráter pedagógico’*²⁵.

No entanto, talvez a questão difícil seja a verdade como conceito, como universal e como eterna. A ideia de uma verdade dessa estatura é típica da metafísica-conceitual. Contra essa ideia de ‘verdade’, já se insurgia Nietzsche, ao considerar que: *‘A verdade é a mentira em que consentimos’*²⁶, ou seja, não que ‘tudo pode’, e daí niilismo, ou que haja múltiplas verdades, mas a verdade está em outro estatuto. Uma saída possível é tentar escapar dessa verdade Moderna europeia, o ‘modelo positivo de verdade’: palavras mudam seu sentido para construir um modo de pensar.

Propõe-se o desvelamento da linguagem nessa hermenêutica. Se a realidade é ‘um evento europeu recente’, dentro da ‘transformação’ das palavras latinas ao longo da história, a saber: de ‘res’ (‘coisa’) do latim romano para o latim medieval (escolástico), ‘realis’ (‘real’) e ‘realitas’ (‘realidade’) de discussão para encarnar a ideia de ‘poder e propriedade’, podemos falar do modelo de adequação das proposições e a realidade (verdade), em um modo pelo qual a palavra pode funcionar tanto para o controle da língua quanto para o controle social.²⁷

Essa realidade, desvinculada do diálogo e da vida social, essa realidade independente e única, é a (aparente) realidade da ciência. O teste de todo conhecimento é a experiência, anota Feynman, mas a fonte de conhecimento e das leis a serem testadas exige imaginação, para criar, questionar, criticar e se insurgir²⁸. Daí, *‘para combater a verdade do poder é necessário colocar em dúvida o poder da verdade’*²⁷.

O problema do pensamento metafísico-conceitual reside aí, em que ‘a única verdade verdadeira’ é a ‘verdade do poder’, misturando-se a palavra ‘verdade’ com outras parecidas na época da globalização comunicativa e informativa (‘objetividade’), ‘realidade’, ‘certeza’ e outros, conforme Larrosa²⁷.

O modo heideggeriano de renunciar ao controle do Outro é chegado, pelo esgotamento do sistema de justiça baseado justamente nessa ordem de ideias. *‘Talvez seja a hora de aprender um novo tipo de honestidade’*²⁷, aquela honestidade exigível para se habitar com o máximo de dignidade possível um Mundo atravessado “pelo caráter plural da verdade, pelo caráter construído da realidade e pelo caráter poético e político da linguagem”²⁷⁽²⁰⁶⁾. A realidade não é realidade, mas a questão. A verdade não é verdade, mas o problema.

Temos de aprender a viver de outro modo, a pensar de outro modo, a falar de outro modo e, especialmente, a ensinar de outro modo e aqui as lições de Guàrdia²⁹ e Freire³⁰, “levando à autoridade não autoritária e à liberdade não licenciosa” para “buscar uma cara humana que não endureça na autoridade”²⁷⁽¹⁶⁵⁾.

Se isso é um desvelamento da linguagem, desvelemos como essa estrutura absurda aparentemente consegue se manter e obter adesão da pessoa humana que, ao fazê-lo, renuncia a sua autonomia, sua liberdade e sua vida privada.

Pela radicalização da teoria foucaultiana do poder que Mbembe³¹ faz, não hesito em apontar que não é apenas o controle dos corpos que o dispositivo da justiça convencional, imbuído dessa verdade/realidade, busca estabelecer. Ele se direciona para a própria existência, estabelecendo o poder como gestão da vida e distribuição da morte³¹. A seleção dos que permanecerão vivos e os que devem ser eliminados, entre os que são privilegiados por raça, classe e gênero e os que são descartáveis na lógica da segregação essencial ao sistema econômico do capitalismo.

No aprofundamento dessa análise, verificam-se os fenômenos da falência sistêmica da justiça, tanto na matéria patrimonial, pela

judicialização da vida, como na criminal, por sua espetacularização patológica²⁵ e políticas de encarceramento em massa, precedidas pela pulsão neoliberal da gestão do modelo, sempre voltadas para o controle total e eliminação física.

Para Garapon²⁵ citado por Oliveira e Carvalho Neto³², a evolução da sociedade democrática transformou a atuação da justiça, o que significa que:

[...] os laços sociais, a tradição, os costumes, a religião, foram desconstruídos pelos ideais de igualdade e liberdade da democracia. Como detinham o controle natural dos conflitos, a própria sociedade democrática teve de substituí-los, passando à justiça a atribuição de monitorar a liberdade e aplicar sanções aos excessos^{32 (15)}.

Por esse motivo, conforme continua o autor, transferiu-se ao Poder Judiciário a missão de solucionar os conflitos que anteriormente não lhe pertenciam, e agora são seu objeto, em razão dessa ‘maximização do controle social’. Nessa estrutura capitalista, há a necessidade de maquinizar e reduzir o humano artístico, caótico e imprevisível ao lógico, eficiente e controlável.

Não há espaço para a *amor fati* nietzschiano: o sistema de justiça biologizante-mecanicista quer-se científico como a ‘ciência’ que o embasa. Toda a estrutura é puramente metafísico-conceitual, com graves tendências ao totalitarismo na ideação de um futuro a construir ou a ilusão de um correto, verdadeiro e real.

Em muitos países, o sistema de justiça convencional vem sendo ‘reformado’ não para humanizá-lo, mas para atender a critérios como o controle de custos, indicadores de desempenho, remuneração de juízes baseada no mérito, generalização do processamento em tempo real de processos criminais, introdução de institutos típicos do sistema americano como *plea guilty*, delação, *plea bargain*, julgamento e execuções de pessoas portadoras de transtorno mental etc.

Essas inovações não são um capricho autoritário ou uma moda passageira. Elas marcam

o advento de um novo modelo de justiça: a justiça neoliberal. Em dois patamares, desenvolve-se essa ‘forma’ de ‘justiça’. Um é em nome da ‘luta judicial contra a corrupção política’, tida como ‘mal maior’ dessas nações, que leva a um ativismo judicial que vem levando a América Latina a uma escalada de ações cada vez mais espetaculares e públicas nessa área, estabelecendo o que Santos chama de ‘*teste democrático dos tribunais*’³³.

O outro é a obsessão de agências internacionais vinculadas ao capital internacional pela reforma do sistema judicial no sentido de torná-lo mais eficiente e acessível, promovendo, na verdade, reformas tecnocráticas em detrimento da necessidade de uma reforma radical para responder às aspirações democráticas dos cidadãos, sujeitos aos abusos do Estado e dos detentores do poder econômico³⁴.

A justiça neoliberal é a consequência óbvia de um sistema jurídico-político que nada mais é do que suporte ao sistema econômico e instrumento de guerra de classes. Se o neoliberalismo influencia o sistema de justiça mais do que qualquer outra instituição social, produz uma justiça empresarial como motor (a linguagem da economia) e como alvo (gestão da justiça), como diz Garapon³⁵.

Nesse sentido, importa notar o emblemático estudo publicado na concomitância com a reforma do Poder Judiciário nacional³⁶, produzido no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual os fundamentos do modelo linha de frente-retaguarda estão relacionados com a visão das organizações de sistemas, aplicável ao serviço público a partir de um ‘consenso’ produzido “entre as autoridades mais representativas do Poder Judiciário”³⁷⁽⁸⁶⁾.

Para esse ‘modelo’ de gestão, cuja *canon* máxima é ‘eficiência’, a partir da indústria da computação “e produtos de consumo embalados pelos fabricantes e vendidos no varejo, como alimentos, cigarros e cosméticos”³⁷⁽⁸⁵⁾, que são os clientes típicos desse modelo organizacional, apresenta-se o modelo que inspirou a gestão neoliberal do sistema de justiça

convencional: as pessoas atuando ordenada e obedientemente como quase máquinas (a máquina de pedir/denunciar, a máquina de defender e a máquina de julgar), o procedimento judicial como linha de montagem e a solução do litígio pelo julgamento como produto.

Há algo de perverso na equiparação da atividade jurisdicional de solucionar um conflito a uma linha de montagem da indústria capitalista cujo objetivo principal é a maximização do lucro e a minimização dos custos, em sentido latíssimo, que é regida pela lógica desumanizante do fordismo primitivo e da atual tendência à flexibilização total do trabalho³⁸.

Nesse passo, há uma crescente aposta na força de algoritmos que, ainda que aparentemente eficientes, revelam imensa carga de criptopoder do programador³⁹ e com fortes tendências a aumentar o poder repressivo do Estado em detrimento da capacidade crítica do ser humano ocupante do cargo de magistrado.

O importante relatório da Universidade de Cambridge⁴⁰ demonstrou que juízes mais criteriosos na manutenção da prisão cautelar de indivíduos postos sob investigação criminal não são tão ‘eficientes’ quanto juízes que mantêm presos sem critério os acusados, sendo estes os substituíveis preferenciais pelo algoritmo, porque eles aumentam as prisões, mesmo sem reduzir proporcionalmente as taxas de crimes.

Esse algoritmo foi bem avaliado porque não incidiu no racismo de outro algoritmo, que se propunha a ‘prever’ a possibilidade de um indivíduo cometer crimes⁴¹, encarcerando mais, evidentemente, pessoas negras e hispânicas⁴², o que pôde ser ‘corrigido’, reprogramando o algoritmo.

Com o único objetivo de produzir lucro ou de servir à sua produção com o menor custo possível, vemos a opção por uma solução antidemocrática, que ‘busca uma decisão inteiramente racional, prescindindo de toda palavra’³⁵.

Na advertência de Garapon, verifica-se que a passagem de um modelo retributivo a um modelo restitutivo, como ele chama, é o indício da reviravolta antropológica de uma justiça,

pois, na sua opinião, renuncia a um ‘horizonte educativo proposto àquele que infringe a lei para maximizar os interesses das vítimas].

Se por um lado representa a possibilidade de consecução do Estado Democrático de Direito, que é o direito a um julgamento a partir de regras preestabelecidas, em um desenvolvimento por meio de um processo permeado por princípios construídos historicamente como resistência ao autoritarismo (devido processo legal em prazo razoável, linguagem compreensível, *par conditio*, juiz imparcial, acusador distinto, ampla defesa, contraditório etc.), por outro, não pode ser tido como um sistema que pretenda abraçar a totalidade dos conflitos e dar conta de resolver a realidade das disputas humanas.

Metodologia

Bem compreendido que a chave de pensamento heideggeriana não é propriamente um método, já que, como diz o próprio⁴³, ‘método’ aqui é a maneira como o ente, como o sistema de justiça, é tematizado, mas um modo de pensar radicalmente diverso e por existenciários, estruturas como portais, sendas ou veredas. Apontar caminhos antes de apresentar essências, verdades e realidades.

Conjecturas sobre como se sustenta tal sistema, uma negação da própria vida, é algo a ser investigado. Alguns caminhos já foram apontados aqui. E como tal sistema repercute na saúde humana? Em minha pesquisa de campo sobre a influência dos sistemas de justiça convencional e de restaurativa sobre o processo saúde-doença⁴⁴, talvez tenha possivelmente identificado algumas respostas claras. Propus comparar o sistema de justiça convencional ao sistema de justiça restaurativo, na ‘influência’ que um ou outro poderia ter no processo saúde-doença dos seus usuários. Busquei entrevistá-los por entrevista com roteiro semiestruturado.

No roteiro assim construído, na hermenêutica poético-linguística, busca-se um poeta

que, como Hölderlin, pense de um modo mais originário⁴⁵, em conexão com seu povo e com a história de seu povo, como, por exemplo, Drummond⁶, poetas que apresentam em suas obras elementos necessários para atender a tal giro de pensamento.

O formulário abaixo mostra um modelo para promover a hermenêutica, em fases sucessivas, nas quais é possível destruir significados,

conceitos e categorias das palavras, para então buscar o seu sentido mais profundo, e depois parte-se para uma verificação da área que o poema abriu, o lugar onde o Mundo se revela, já que o interpretar compreender-se diante do texto que a fala poética traz ao Mundo. Busca-se aquilo que está mais escondido no poema, a origem do que se oculta e se desoculta em todo o poema (*quadro 1*).

Quadro 1. Exposição do poema ao entrevistado pela hermenêutica poético-linguística heideggeriana

Trechos com destaque às unidades de significado	Léxico	Raiz etimológica	Ordenação proposicional	Explicitação dos sentidos	Observações
Verso 1	Verbetes tal como encontrado no dicionário. Verificar a plurissemia. Procura de um sentido através do edifício das palavras, para revelar o Ser do poema.	Exame da etimologia da palavra ⁴⁶ . Verificação da área que o poema abriu (lugar onde o Mundo se revela). Interpretar como 'compreender-se diante do texto'.	Ordenação proposicional ao texto poético.	Pergunta: qual o sentido desse verso para você. Sentidos que a fala poética traz ao Mundo. Busca-se aquilo que está mais escondido no poema, a origem do que se oculta e se desoculta em todo o poema.	Impressões do entrevistado.

Fonte: Elaboração própria.

A partir daí, dessas descorticações, o entrevistado, muitas vezes, pode encontrar um espaço para promover uma experiência com a articulação mais íntima de nossa presença, e podemos nos transformar com essas experiências, como discorre Heidegger⁴⁷.

Em Drummond⁶, temos um exemplo no poema 'Procura da poesia', que na linha hermenêutica que se propõe, inicia com o verso 'Não faças versos sobre acontecimentos' e prossegue fugindo do categórico com pretensões universais: 'Não cantes tua cidade, deixa-a em paz'; e então sugere: 'Penetra surdamente no reino das palavras. Lá estão os poemas que esperam ser escritos'.

A hermenêutica poético-linguística empregada nessas entrevistas pretende possibilitar essa 'abertura de comportamento' e aflorar

do Ser, em harmonia com essa visão da saúde humana, já que, como entende Silveira⁴⁸, a arte é uma forma direta de expressão, a mais desveladora do Ser, capaz de fazê-lo fulgurar em direção a sua liberdade, o não controle, para permitir a verdade do Ser na história do Ser, o acontecimento-apropriativo, em que as palavras 'história' e 'acontecimento' são diferenciadas de seu sentido corrente, para representar a busca do Ser por um dizer oculto na própria linguagem e a essência poética da linguagem, buscar franquear o Ser para que o ente apareça³.

Por essa hermenêutica, por exemplo, o entrevistado Karaxim – nome de um mago personagem de Hilda Hilst –, ao ser exposto à poesia de Chacal⁴⁹, 'Rápido e Rasteiro', desvela uma metáfora de uma doença. Nem é preciso dizer que ele é um senhor de meia

idade, severamente atingido por doença incapacitante, pai de um jovem que se envolveu com ato infracional.

Ah, nesse caso aí, é como se fosse uma doença. Você pega uma doença, aí não tem cura. Você fica o resto da vida lutando com ela. Pra poder conseguir vencer ela, mas não consegue. (Cora).

Sua luta diária contra suas limitações não representa a ‘doença’ como limitação, como ‘mal’, como o contrário de ‘saúde’, mas o trágico da existência, e, desse modo, Karaxim não se ‘conforma’ com a sua condição; antes, exerce um domínio sobre sua condição e a recebe com *amor fati*.

Como uma boa descrição do sistema de justiça estatal, há o depoimento de Américo, profissional da justiça, narrando a mecanização do indivíduo, visto como objeto de uma abordagem pela intitulada ciência do direito. Aqui há teoricamente um tempo, um modo, falas, próprios da verticalidade do poder:

A: O cliente, que você acompanha na justiça comum, político... Curso superior aquela coisa... Ocupando um cargo público... Talvez. Ele relata pra você, quando vai entrar numa corte, relata uma angústia, uma ansiedade? Na véspera? Você sente isso?

A: É interessante. Depende muito do cliente. O cliente mais novato, né? O indivíduo que tá começando, você percebe aquela ansiedade, aquele... Um certo respeito. Já aquele macaco velho, ele já vai lá, ele parece que ele já tá querendo conduzir o procedimento [risos]. Ele já sabe o que vai fazer ali, então ele vai com muita naturalidade, e uma certa frieza. Isso é, às vezes até...

P: Impressiona, né?

A: Impressiona. A forma como lida, a frieza com que lida com aquelas questões. E é como se fosse: ‘É mais um, menos um. Se der isso, vamos fazer aquilo’. E isso é, parece que sai um pouco da realidade e vai pra uma questão de uma lógica cartesiana. ‘Eu vou fazer isso, aquilo’. Muito...

P: Entendi.

A: De vez em quando, assustador [risos].

P: Imagino o que você tá falando.

A: Sai da, parece que o indivíduo se de veste de toda a humanidade. Ele tá ali pra poder resolver o seu problema, né? Da forma como ele acha mais conveniente, né?

A lógica mecanicista do processo, concebido como uma conquista da ciência jurídica, representa em última instância a negação do humano que, transformado em objeto, é incompatível com qualquer experiência que se possa ter de justiça.

Considerações finais

Um sistema de justiça desenhado a produzir uma verdade, isto é, como diz Derrida em suas palavras, a dimensão da justiça dos enunciados performativos, que possui certa qualidade de violência, resvala em um ‘estatuto da verdade’. Paradoxalmente, é por causa desse transbordamento do performativo, por causa desse adiantamento sempre excessivo da interpretação, por causa dessa urgência e dessa precipitação estrutural da justiça que essa não tem horizonte de expectativa (reguladora ou messiânica). Todavia, por isso mesmo, ela talvez tenha um futuro, um porvir que precisamos distinguir do futuro. A justiça permanece porvir. Talvez seja por isso que a justiça, na medida em que não é só um conceito jurídico ou político, abre ao porvir a refundação e refundição do direito.

Maquinado e ideado como símile ao modo de produção capitalista, constitui-se em determinação social da saúde, a impactar negativamente o processo saúde-doença: antes de simplesmente perpetuar iniquidades, próprias da sociedade em guerra de classes, torna-se agora máquina inumana, voltada não mais para a solução de litígios, porém para a produção de números, dados e resultados, em uma eficiência racional e inumana.

Onde o ser humano poderá se desenvolver sob uma justiça neoliberal que não novamente se alienando, se oprimindo e se negando? No

algoritmo do sistema de justiça convencional não há espaço para o desviante, o caótico e o imprevisível, traços fundamentais da existência humana.

Se é evidente que, no modelo do conceito ampliado de saúde, múltiplos fatores acabarão por, de um modo ou outro, influenciar o processo saúde-doença, é certo que as iniquidades são um traço marcante de uma repercussão antivital, que exigem sua eliminação.

A justiça – liberta de análises metafísico-conceituais –, longe de pretender nada ver ou tudo ver com olhos clarividentes, como diz Nietzsche, desvela-se como experiência impossível e, portanto, demanda percepção, construção coletiva e dialogicidade, atitudes incomuns a uma investigação clássica do tema, que vou experimentar provocando o pensamento nos seus limites.

Se não é reformulável, se sempre incidirá

em imperfeições já que humano, demasiado humano, o sistema de justiça convencional não melhorará ou para ele se encontrará uma fórmula para torná-lo eficiente, perfeito, acabado. Talvez demande ser visto como um caminho, entre muitos caminhos possíveis e desejáveis.

Colaboradores

Tredinnick AFAC (0000-0001-8753-9129)* contribuiu para a concepção e o planejamento do estudo, para a coleta, análise e a interpretação dos dados, elaboração do artigo, aprovação da versão final do manuscrito. Oliveira MHB (0000-0002-1078-4502)* contribuiu para a concepção e o planejamento do estudo, para a coleta, análise e a interpretação de dados, elaboração do artigo e revisão crítica do conteúdo. ■

Referências

1. Heidegger M. A essência da liberdade humana: introdução à filosofia. Rio de Janeiro: Via Verita; 2012.
2. Nunes B. Heidegger e a poesia. *Nat. hum.* 2000; 2(1):103-127.
3. Heidegger M. Explicações da poesia de Hölderlin. Brasília, DF: Universidade de Brasília; 2013.
4. Krell AJ. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. *Belo Horizonte: Rev Bras Estud Políticos* 2016; 113:101-147.
5. Romano R. Cosmologias. In: *Enciclopédia Einaudi – Matéria-Universo*. Porto: Imprensa Nacional – Casa da Moeda; 1986.
6. Andrade CD. *A rosa do povo*. São Paulo: Companhia das Letras; 2012.
7. Heidegger M. A origem da obra de arte. In: *Caminhos de floresta*. Lisboa: Serviço de Educação e Bolsas, Fundação Calouste Gulbenkian; 2002.
8. Eco U. *Kant e o ornitorrinco*. Rio de Janeiro: Record; 1998.

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

9. Célan P. Alocução na entrega do Prêmio Literário da Cidade Livre Hanseática de Bremen. In: Fenati MC, organizador. *Gratuita v. 2*. Belo Horizonte: Chão de Feira; 2015.
10. Pöggeler O. A via do pensamento de Martin Heidegger. Lisboa: Inst. Piaget; 2001.
11. Andrade CD. Os últimos dias. In: *A rosa do povo*. Rio de Janeiro: Record; 1998.
12. Amaral T. *Abaporu*. 1928. Óleo sobre tela, 85 cm x 72 cm.
13. Andrade O. Manifesto antropófago. *Rev Antropofagia*. 1928; 1(1).
14. Cashmore AR. The Lucretian swerve: The biological basis of human behavior and the criminal justice system. *Proc Natl Acad Sci*. 2010;107(10):4499-4504.
15. Reich W. *Psicologia de massas do fascismo*. São Paulo: Martins Fontes; 2001.
16. Box S. *Deviance, reality, and society*. 2. ed. London; New York: Holt, Rinehart and Winston; 1981.
17. University of Oregon. *The Witch in Court* [internet]. Oregon: University of Oregon; 2019. [acesso em 2019 maio 10]. Disponível em: <https://pages.uoregon.edu/dlubke/Witches442/Processing.html>.
18. Carvalho S. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva; 2015.
19. Menezes-Filho NA, Souza AP, Souza AP, organizadores. *A carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia; 2019.
20. Iradiel P, Igual LD, Navarro EG. *El país valenciano en la Baja Edad Media: estudios dedicados al profesor Paulino Iradiel*. València: Universitat de València; 2018.
21. Dellon C, Amiel C, Lima A, et al. *A inquisição de Goa*. São Paulo: Phoebus; 2014.
22. Kramer H, Sprenger J. *O martelo das feiticeiras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; 1991.
23. Branquinho JMB, Murcho D, Gomes NG. *Algoritmo*. In: *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes; 2006.
24. Foucault M. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal; 2003.
25. Garapon A. *O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget; 1998.
26. Nietzsche F. *Verdade e mentira no sentido extramoral [Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinn]*. São Paulo: Hedra; [1873] 2007.
27. Larrosa J. *Agamenon e seu porqueiro*. In: *Pedagogia Profana: danças, piroetas e mascaradas*. Belo Horizonte: Autêntica; 2017.
28. Feynman RP. *Física em 12 lições: fáceis e não tão fáceis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; 2017.
29. Guardia FF. *A Escola Moderna*. Piracicaba: Ateneu – Diego Giménez; 2010.
30. Freire P. *Pedagogia do Oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra; 1987.
31. Mbembe A. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 edições; 2018.
32. Oliveira VE, Carvalho Neto E. A judicialização da política: um tema em aberto. *Polit hoje*; 2005; 1(15):1-21.
33. Santos BS. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina; 2014.
34. Santos BS. *A cor do tempo quando foge: uma história do presente: crônicas (1986-2013)*. São Paulo: Cortez; 2014.
35. Garapon A. *La raison du moindre État: le néolibéralisme et la justice*. Paris: Odile Jacob; 2010.
36. Brasil. *Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro*.

- bro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União. 31 Dez 2004.
37. Fundação Getúlio Vargas. A reforma do Poder Judiciário no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas; 2005: 84-92.
38. Maeda P. A Era dos zero direitos. São Paulo: LTr Editora Ltda.; 2017.
39. Almeida JCG, Cidreira Neto A, Soares JPF. Parecer (0673109). Brasília, DF: UnB; 2018.
40. Kleinberg J, Lakkaraju H, Leskovec J, et al. Human Decisions and Machine Predictions. Cambridge: National Bureau of Economic Research; 2017.
41. Pennsylvania Commission on Sentencing. Proposed Sentence Risk Assessment Instrument. [internet] Pennsylvania: Pennsylvania Commission on Sentencing; 2018. [acesso em 2019 jul 10]. Disponível em <http://www.pacodeandbulletin.gov/Display/pabull?file=/secure/pabulletin/data/vol48/48-44/1696.html>.
42. Nellis A. The Color of Justice – Racial and Ethnic Disparity in State Prisons. Washington D.C.: The Sentencing Project; 2016.
43. Heidegger M. As questões fundamentais da filosofia: (“problemas” seletos da “lógica”); São Paulo: WMF Martins Fontes; 2017.
44. Tredinnick AFAC. A Justiça que adoeece e a que cura: os sistemas de Justiça restaurativa e convencional na determinação social do processo saúde-doença. [dissertação]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz; 2019. 288 p.
45. Heidegger M. Carta sobre o humanismo. Lisboa: Guimarães & Ca Editores; 1973.
46. Cunha AG. Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; 1996.
47. Heidegger M. A essência da linguagem. In: A Caminho da Linguagem. Bragança Paulista: Vozes; 2003.
48. Silveira N. Os inumeráveis estados do ser. Rio de Janeiro: Museu das Imagens do Inconsciente; 1987.
49. Chacal. Belvedere: 1971-2007. São Paulo: Cosac Naify; Rio de Janeiro: 7 Letras; 2007.

Recebido em 08/08/2019

Aprovado em 29/10/2019

Conflito de interesses: inexistente

Suporte financeiro: não houve

Lei Maria da Penha: uma análise crítica à luz da criminologia feminista

Maria da Penha Law: a critical analysis in the light of feminist criminology

Beatriz de Oliveira Monteiro Marques¹, Regina Maria de Carvalho Erthal², Vania Reis Girianelli²

DOI: 10.1590/0103-11042019S412

RESUMO Este estudo é um ensaio que visou analisar de forma crítica a abordagem punitivista do sistema de justiça criminal no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher e apontar caminhos alternativos, sem, contudo, descartar as contribuições de um referencial feminista. Busca uma congruência entre os pontos relativos à criminologia crítica do direito penal com o enrijecimento do sistema punitivista, a fim de averiguar se o modo de tratamento da Lei Maria da Penha é o mais adequado. O sistema de justiça percebe a mulher como objeto inserido em um esquema predeterminado de violência, e, a partir disso, nega-lhe voz. Proteger mulheres refere-se diretamente a fortalecer as mulheres e a conferir a elas papel de protagonista da própria vida. A justiça restaurativa pode ser usada como incrementadora da democracia brasileira, facilitando a chamada ‘criação coletiva da justiça’ e potencializando o efeito efetivamente justo das decisões e fortalecimento da cidadania, desde que bem estruturada.

PALAVRAS-CHAVE Criminologia. Direito penal. Feminismo. Violência contra a mulher.

ABSTRACT *This study is an essay that aims to analyze critically the punitivist approach of the criminal justice system in the context of domestic and family violence against women, as well as to point out alternative paths, without, however, discarding the contributions of a feminist referential. It seeks a congruence between the points relative to the critical criminology of criminal law with the stiffening of the punitivist system, in order to investigate whether the mode of treatment of the Maria da Penha Law is the most appropriate. The justice system perceives the woman as an object inserted in a predetermined scheme of violence, and from that it denies her voice. Protecting women is directly related to strengthening women, and giving them the role of protagonist in their own lives. Restorative justice can be used as leverage of Brazilian democracy, facilitating the so-called ‘collective creation of justice’ and maximizing the effectively fair effect of decisions and the strengthening of citizenship, provided that it be well structured.*

KEYWORDS: *Criminology. Criminal law. Feminism. Violence against women.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
bia_ommarques@hotmail.com

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

Este estudo é um ensaio que visa analisar de forma crítica a abordagem punitivista do sistema de justiça criminal no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher; e apontar caminhos alternativos, sem, contudo, descartar as contribuições de um referencial feminista. Abre-se mão de uma investigação aprofundada da tipologia das epistemologias feministas, pela incompatibilidade com os objetivos propostos, concebendo o movimento feminista como aquele que impulsionou a promulgação da Lei Maria da Penha¹, e que tem como uma de suas bandeiras a garantia da segurança das mulheres no âmbito das relações domésticas. Isso não significa reduzi-lo à categoria de esquerda punitiva², mas revelar paradigmas expostos pelo feminismo para estabelecer diálogo entre as vertentes do movimento, a criminologia crítica e o direito penal.

Ademais, não há um só feminismo. Eles são múltiplos coletivos, movimentos, grupos e linhas de pensamento que se identificam como feministas. Cada escritor feminista, homem ou mulher, apresenta uma abordagem influenciada pelo seu histórico de vida, sua formação, sua raça, sua ideologia e sua classe social.

Não se desconhece, portanto, a crítica à universalização do movimento feminista e de suas consequentes reivindicações. Ribeiro³, ao alertar para as diversas condições existenciais das mulheres, afirma que as consequências vividas por cada uma delas, em razão da condição de ser mulher, não são coincidentes. Assim sendo, a autora aponta “a universalização da categoria mulher” como o grande dilema que o “feminismo hegemônico enfrenta”³⁽²¹⁾.

A despeito do reconhecimento de que a opressão racial configura um vetor de violência, opta-se por não abordá-la, pois o enfoque é articular o Sistema Justiça Criminal (SJC) à violência doméstica contra a mulher, pretendendo, de forma universal, identificar, em linhas gerais e genéricas, as pautas feministas, isto é, comuns a todas as mulheres.

Nessa linha, Tiburi⁴⁽¹¹⁾ trata de um

“feminismo em comum”, consolidado como luta de todos, a partir do envolvimento em um processo realmente democrático, em busca da igualdade entre homens e mulheres. Busca-se, tão somente, a libertação de padrões patriarcais e a promoção dos direitos das mulheres já retirados há tanto no passar da história.

O feminismo pode ser definido como uma postura ético-política que nos ajuda a perguntar sobre a felicidade das pessoas que vivem em uma sociedade opressiva. Assim, o feminismo de cada uma

entra em jogo com os feminismos possíveis das outras mulheres, os feminismos preexistentes e que se recriam, redefinem tempos e espaços e, ao mesmo tempo, relacionam-se ao ‘feminismo’ em um sentido genérico⁴⁽⁴²⁾.

É imprescindível destacar, ainda conforme a autora, que

feminismo no singular não reduz o movimento a uma unidade, que consiste, numa categoria patriarcal, mas traduz em verdade o ‘comum’ e a presença de singularidades⁴⁽⁴³⁾.

No Brasil, a grande mudança no direito foi a partir do ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal⁵, que equiparou formalmente homens e mulheres. Todavia, a consolidação no campo cível só aconteceu com o Código Civil de 2002⁶. No campo penal, nunca existiu diferença no tratamento dado ao homem e à mulher quando praticavam crimes, porém existia uma diferenciação entre as próprias mulheres quando essas fossem vítimas de crimes sexuais, a qual só foi superada, no plano legal, em 2005, com o advento da Lei nº 11.106/2005⁷, que alterou certos dispositivos do Código Penal⁸, principalmente no que diz respeito aos chamados “crimes contra os costumes”, a fim de resguardar a posição e a proteção da mulher. Não há dúvidas de que, para que fosse possível realizar essa modificação legislativa em busca da igualdade formal entre o masculino e feminino, foi necessária uma verdadeira ‘luta’ dos grupos feministas.

Hoje, é praticamente unânime a ideia de que a violência não faz parte da natureza humana nem tem raízes biológicas. Trata-se de um complexo e dinâmico fenômeno biopsicossocial, mas seu espaço de criação e desenvolvimento é a vida em sociedade. Portanto, para entendê-la, há que se apelar para as especificidades históricas. Daí se conclui, também, que, na configuração da violência, cruzam-se problemas da política, da economia, da moral, do direito, da psicologia, das relações humanas e institucionais, e do plano individual⁸. Nesse cenário, dada a longa experiência da saúde pública na intervenção comunitária, trata-se de um âmbito no qual ela pode lograr êxito, caso se articule ao serviço social e de orientação familiar, como também aos profissionais de saúde mental, em sua atuação de prevenção em todos os níveis⁹.

Verifica-se que a violência doméstica é um problema cuja prevenção tem que atuar, em primeiro lugar, na sensibilização e no avanço da consciência social. Os métodos e as técnicas para os profissionais de saúde, juntamente com outros setores e com as comunidades locais, têm-se revelado eficazes quando avaliados¹⁰, sobretudo na quebra do ciclo repetitivo que contribui para alimentar a violência social em geral¹¹.

A compreensão das caracterizações da violência doméstica contra a mulher, a partir de uma perspectiva de violência de gênero, revelou-se necessária para que o sistema de justiça alcançasse efetivamente o objetivo de salvaguardar direitos. A violência de gênero é um conceito mais amplo que o de violência contra a mulher e abrange não apenas as mulheres, ela é produzida e reproduzida nas relações de poder em que se entrelaçam as categorias de gênero, classe, raça/etnia. Expressa uma forma particular da violência global mediatizada pela ordem patriarcal que dá aos homens o direito de dominar e de controlar as mulheres, podendo, para isso, usar a violência¹².

A cessação da violência que acontece em uma relação afetiva normalmente depende de intervenção externa, pois, até que a mulher consiga se desvincular do agressor sem tal intervenção, verifica-se a existência de um

histórico de oscilações na estabilidade da relação. É possível ressaltar que as estratégias utilizadas tanto pelos agressores quanto pelas vítimas para contornar os episódios de violência podem se estender por décadas. Em razão dessa problemática, torna-se imprescindível que o fenômeno seja analisado. Entretanto, há quem considere as mulheres do referido tipo de relação “não sujeitos” e, por consequência, “passivas”¹³⁽⁸³⁾. A autora afirma ainda que a violência doméstica apresenta características específicas. Uma das mais relevantes é sua rotinização, o que contribui tremendamente para a codependência e para o estabelecimento da relação fixada.

As violências física, sexual, emocional e moral costumam ocorrer em conjunto. Nesse sentido, pode-se afirmar que a violência emocional estará sempre presente, assim como a violência moral; sobretudo em se tratando de violência de gênero, e, mais especificamente, intrafamiliar e doméstica, pois são muito tênues os limites entre quebra de integridade e obrigação de suportar o destino de gênero traçado para as mulheres: sujeição aos homens; sejam eles pais ou maridos.

Muitos são os fatores que levam as mulheres a permanecerem no relacionamento abusivo. Entretanto, dois deles se destacam: o desequilíbrio de poder e a intermitência do abuso¹⁴. Em razão do desequilíbrio de poder, ao longo da relação, a mulher dominada se torna cada vez menos capaz de viver e de ser independente sem o amparo do dominador. Essa dominação pode ser física, financeira e psicológica. A intermitência do abuso, por sua vez, gera a expectativa na mulher de que o homem pode mudar seu comportamento abusivo. A alternância entre as fases calmas e amorosas e as de abuso, contaminadas por violência, criam o paradigma da teoria do reforço intermitente, que já se revelou ser um dos modelos mais eficazes de aprendizado, produzindo padrões de comportamento persistentes e extremamente difíceis de serem rompidos.

O ciclo da violência sugere um padrão de comportamento de alta complexidade e

intensidade nas mulheres vítimas de violência doméstica. A dominação propicia o surgimento de condições para que o homem se sinta legitimado a fazer uso da violência e para compreender a inércia da mulher vítima da agressão, principalmente no que tange às reconciliações com o companheiro agressor, após reiterados episódios de violência.

Assim, nota-se que a luta feminista está diretamente relacionada com os fatores de violência, sendo certo que a compreensão da necessidade de busca de igualdade, de rompimento com a ideologia patriarcal e de fortalecimento das mulheres deve influenciar a atuação do SJC. Os conceitos de feminismo e violência de gênero são confluentes e, portanto, necessários à compreensão do SJC que pretende atender a demanda de violência doméstica.

Lei Maria da Penha à luz da criminologia crítica e da criminologia feminista

Andrade¹⁵ assevera que o SJC constitui o objeto criminológico central do nosso tempo, e veio a sê-lo, inclusive, sob o influxo do feminismo, no tratamento que imprime à mulher. Assim, para entender esse sistema à luz da Lei Maria da Penha e das criminologias crítica e feminista, é preciso compreender o seu nascimento.

Inicialmente, no período referente à Escola Clássica do Direito Penal (século XVIII), o pensamento criminológico apresentava certa unidade ideológica, já que possuía como problemática comum e central os limites e as justificativas do poder de punir ante a liberdade individual¹⁶. Buscava-se racionalizar o poder punitivo e garantir que as intervenções estatais não fossem arbitrárias, relacionando-se a problemática do crime com ideais filosóficos e o *ethos* político do humanismo racionalista¹⁷. Esse período, contudo, não se confunde com a linguagem dos direitos humanos do pós-guerra, apesar de ser a linguagem do indivíduo e das garantias individuais. O pensamento

criminológico não alcançou ou sequer mencionou a condição de repressão e de perseguição às mulheres, de modo que o garantismo da escola clássica em nada refletiu para elas.

Superado esse período, denominado clássico, a criminologia moderna se relaciona ao estudo do delinquente. Lombroso¹⁸ fundou a chamada ‘antropologia criminal’, classificando os delinquentes e entendendo o crime como uma manifestação da periculosidade de um indivíduo, de modo que a pena não é definida como um castigo, mas como um meio de defesa social proporcional e ajustado à periculosidade do criminoso, e não à gravidade objetiva da infração cometida.

Os estudos sobre a criminalidade serviram-se do paradigma etiológico, próprio das ciências naturais; a criminalidade compreendida como uma qualidade ontológica de comportamentos e pessoas. As teorias próprias da criminologia positivista diferenciavam os indivíduos ‘criminosos’ dos ‘normais’ a partir de características biológicas e psicológicas. Essa compreensão fundada na psicologia e na filosofia do positivismo naturalista predominou entre o século passado e o princípio deste¹⁸. Essa forma de estudar o criminoso, e não o delito em si, fez nascer uma disciplina científica autônoma, que voltava o olhar ao homem delinquente, considerando-o como alguém diferente e que merece, portanto, observação exclusiva¹⁸.

A criminologia, originariamente, teve por objeto estudar os fatores que determinam o comportamento do criminoso para combatê-los (paradigma etiológico), principalmente a partir de práticas que mudassem o próprio delinquente, tendo em vista as suas características biopsicológicas (correcionalismo)¹⁸. Não há, neste momento, reflexões acerca da ordem estabelecida, ou questionamento de ordem política sobre o contexto da criminalidade, assumida a perspectiva do determinismo e da periculosidade do criminoso. Dessa forma, sob a égide da antropologia criminal, ergue-se o paradigma etiológico, no qual se buscam as causas da criminalidade, visando encontrar os remédios para combatê-las.

Nessa linha, foi gerada uma divisão entre o que viria a compor o “(sub)mundo da criminalidade”¹⁶⁽⁴¹⁾ e o mundo. Assim,

no (sub)mundo a criminalidade está equiparada à marginalidade e composta por uma ‘minoría’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o ‘mal’). Enquanto que no mundo, decente, da normalidade, está a maioria da sociedade, (o ‘bem’)¹⁶⁽⁴¹⁾.

A partir dessa simplificação, a criminalidade resta afastada dos conceitos de violência institucional e estrutural. A potencial periculosidade social, identificada como anormalidade, é o centro do direito penal para essa perspectiva positivista.

A justificativa da pena assenta-se, portanto, enquanto meio de defesa social e seus fins socialmente úteis. Nesse contexto, a utilidade se dá pela prevenção especial positiva, assentada na ideia de recuperação dos criminosos a partir da execução penal. Assim, o direito penal não é problematizado, já que, basicamente, somos divididos entre cidadãos de bem e mal, e para os maus existe o direito penal¹⁶. As questões políticas e sociais que envolvem a criminalidade são negligenciadas. Pela análise de características biológicas e psicológicas, seria possível classificar a humanidade entre ‘normais’ e criminosos, entre ‘bons’ e ‘maus’.

Esse conceito de crime natural muda drasticamente, a partir de um novo olhar que surge nas décadas de 1960 e 1970, quando o estudo da criminalidade adota novos paradigmas: o interacionismo simbólico e a etnometodologia. As análises culminaram na percepção de que o SJC a um só tempo reflete a realidade social e concorre para a sua reprodução: a injusta distribuição de poder e serve para manter a desigualdade de recursos¹⁸.

Nesse momento, o objeto da criminologia, antes o homem delinquente, depois o desvio, movimenta-se para a produção social do desvio e do delinquente¹⁸. Passa-se a abordar a ação do sistema penal na construção do status delinquente, em uma produção de etiquetas e de identidades sociais. Com o

labeling approach, opera-se a substituição de um modelo estático e monolítico de análise para um modelo dinâmico e contínuo, tendo como epicentro desse marco epistemológico o controle social e suas consequências¹⁶.

A criminologia crítica surge a partir da sistematização das relações entre a questão criminal, as condições sociais e de mercado de trabalho e o sistema penal. O sistema penal passa a ser compreendido como necessário à manutenção do sistema capitalista, como forma de controle das camadas mais pobres e garantia dos meios de produção. A criminologia crítica supera a característica meramente descritiva e desprovida de força do *labeling approach* e alcança uma análise profunda do sistema, identificando o trabalho de seleção e estigmatização do sistema penal.

Para a criminologia crítica, o sistema penal nasce com uma contradição: de um lado, afirma a igualdade formal entre os sujeitos de direito, de outro, convive com a desigualdade substancial entre os indivíduos, que determina a maior ou menor chance de alguém ser etiquetado como criminoso¹⁹. Nesse particular, importa ressaltar que as análises promovidas pela criminologia crítica, referentes ao direito penal mínimo, balizam a despenalização com base em paradigmas de classe e etnia¹⁸.

Se as críticas oriundas da criminologia e do discurso penal crítico constantemente consideram em suas análises as relações de classe e de etnia sobre o exercício do controle formal (homem pobre e geralmente negro em relação ao homem branco e de posses), é praticamente inexistente a perspectiva a partir das relações de gênero. Entretanto, ao excluírem esse recorte, acabam reduzindo a complexidade da análise e sofrem o que se poderia denominar ‘complexo de gênero’ ou ‘complexo de misoginia’²⁰.

Baratta²⁰ aponta, citando Smaus, que muito embora o paradigma da reação social, virada importante nos estudos em criminologia, de ordem bastante progressista, fosse contemporâneo ao feminismo, não houve um aproveitamento recíproco entre essas duas

epistemologias. Nesse sentido, Campos e Carvalho²⁰⁽⁴¹¹⁾ entendem que:

A categoria 'gênero', ao maximizar a compreensão do funcionamento do sistema penal, social e político, desvela a aparência de neutralidade e de imparcialidade ('asepsia jurídica') e o tecnicismo dogmatizante com o qual se formulam os discursos jurídicos e cujo resultado é ofuscar e legitimar a visão predominantemente masculina. Nota-se, pois, no que tange à fenomenologia da violência tratada pela Lei nº 9.099/95, que não se trata de ofensas comuns, mas dessa forma específica de violência dirigida contra as mulheres.

Considerar os recortes de gênero como paradigmas nos estudos em criminologia crítica constitui, de acordo com Andrade¹⁵, o terceiro grande momento histórico e epistemológico necessários à compreensão da criminologia.

A criminologia, como a ciência da criminalidade do crime e do criminoso, transformou-se e está a se transformar, cada vez mais, em uma teoria crítica e sociológica do SJC, ocupando-se, fundamentalmente, da análise de sua complexa fenomenologia e funcionalidade nas sociedades capitalistas e patriarcais²¹.

Paradoxalmente, o movimento feminista e a criminologia crítica lutam pela defesa dos direitos humanos e possuem natureza emancipatória, mas embora tenham essa raiz política em comum, não se aproximaram academicamente²². Assim, é importante trazer para dentro da criminologia o referencial de gênero para romper com a ideologia da repressão.

A partir desses novos paradigmas (ideologias capitalista e patriarcal), Andrade¹⁵ estudou como o SJC atua sobre as mulheres relativamente à violência sexual e concluiu que trata-se de um subsistema de controle social, seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres, e porque é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas. Ademais, ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social,

que representa, por sua vez, a culminação de um processo de controle que certamente se inicia na família, em vez de proteger, o SJC duplica a vitimação feminina, pois, além da violência representada por diversas condutas masculinas, a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classes) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando os estereótipos inerentes a essas duas formas de desigualdade.

Ao analisar a Lei Maria da Penha à luz da criminologia crítica, Montenegro²³ aponta para: a ineficácia do sistema penal ante a violência contra a mulher, tendo em vista a impossibilidade de impedir a prática de novos crimes; o fato de não escutar os interesses das vítimas nem ajudar a compreender a própria violência, tampouco contribuir para uma melhor relação entre os gêneros, afastando o protagonismo da vítima; a violência institucionalizada da estrutura do sistema de justiça também patriarcal. A autora explica que, ao passar pelo SJC, as vítimas estariam experimentando novamente a discriminação e a humilhação da violência inicial.

A partir de novas categorias e de novos paradigmas, a criminologia crítica busca um novo referencial, afastado da concepção de uma ciência feita por homens sobre mulheres. Identificar o papel de objeto ocupado pela mulher historicamente permite perceber que o direito penal nunca na história foi aliado das lutas femininas²³.

Outros caminhos: justiça restaurativa

Reconhecer formas alternativas de tratamento da violência doméstica e familiar contra a mulher diversas das perspectivas punitivistas pode ser o resultado da aproximação entre o movimento feminista e a criminologia crítica.

Buscar o diálogo entre os movimentos emancipatórios é condição precípua para encontrar uma resposta adequada à violência e aos processos subjetivos a ela inerentes, já que o encontro dessa resposta exige uma análise real de como a violência se desenvolve e atua verdadeiramente no SJC. Assim, é importante avaliar instrumentos de justiça restaurativa como novas modalidades de resolução do conflito, superando o modelo binário da justiça criminal de vítima e réu. A justiça restaurativa tem o escopo de focar no dano sofrido, dando maior protagonismo à vítima, e não necessariamente à punição do acusado, uma vez que o sistema punitivo, como se mostra nos tempos atuais, mostra-se insuficiente para suprir as demandas da sociedade.

A justiça restaurativa é uma espécie de sistema do qual emergem diversas modalidades, sendo uma delas a mediação, que coloca seus atores como protagonistas, não conferindo apenas ao juiz o poder de decidir o futuro daquelas pessoas que ali pretendem dar uma solução para o problema que se apresenta.

Tais modalidades servem para que os litígios a serem administrados pela justiça não se reduzam a mera condição de crime, de modo a possibilitar a resolução do conflito da forma mais adequada e menos onerosa possível para as partes envolvidas, e não apenas uma resposta estatal a um fato típico, ilícito e culpável, como se vê na lógica de justiça punitivista²⁴. Nesse sentido, conforme ensina Walgrave²⁵⁽¹⁵⁾:

Todas as tendências de movimentos, e uma multiplicidade de iniciativas intuitivas separadas, conduziram a um reino de práticas, movimentos sociais, formações teóricas, reflexão ética e pesquisa empírica, que hoje é referida como 'justiça restaurativa'.

A justiça restaurativa pode ser vista como um “movimento social global que apresenta enorme diversidade”, e que possui como maior meta a transformação da forma como as sociedades contemporâneas “percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos”²⁶⁽⁵⁾.

Dessa forma, o Estado deixaria de ser o único produtor da decisão, estando as partes mais responsáveis por encontrar uma solução para o caso, motivo pelo qual se torna necessária a atenção ao momento do surgimento da situação problemática. Ao dar essa atenção à origem do problema, o objetivo maior se torna a resolução de tais questões, a fim de “tornar as coisas melhores”, como aponta Achutti²⁶. Na visão do autor, os princípios da justiça restaurativa devem se esforçar para encontrar certa harmonia, pois

a essência da Justiça Restaurativa não é a adoção de uma forma ao invés de outra; é a adoção de qualquer forma que reflita os valores restaurativos e que vise a atingir os processos, resultados e objetivos restaurativos²⁶⁽⁶⁷⁾.

É demasiadamente necessário enfatizar a importância de repensar continuamente as maneiras de dar resolução aos conflitos, uma vez que o processo penal não pode tratar toda infração como mera ofensa ao poder estatal, sendo necessário que a lógica punitiva ou restaurativa seja objeto de discussões e estudos, a fim de que se possa aprimorar cada vez mais seus mecanismos de atuação. Conforme afirmam estudos históricos a respeito do tema, o interesse pela justiça restaurativa, apesar de ter seu uso em momentos variados pelos sistemas de justiça ao redor do mundo,

no Ocidente surgiu a partir de um programa de reconciliação entre vítima e ofensor na cidade de Kitchener, Ontário (Canadá), no ano de 1974. Tratava-se de programas comunitários que buscavam mediar conflitos após a aplicação da decisão judicial²⁶⁽⁵⁵⁾.

Em sua origem, a partir do que é descrito por Achutti²⁶, o que se pretendia era restabelecer as relações entre o autor do fato e a vítima. A partir de determinadas ressignificações, passou-se à utilização do termo ‘mediação’, que além de ser mais adequado, permitia que atores afetados pelo crime pudessem participar dos programas de justiça alternativa.

A priorização do estudo a respeito do tema esteve em vários momentos cunhada na evidente necessidade de ‘descarcerização’, no respeito ao direito dos presos e em um olhar mais aprofundado não só para o autor do fato, mas para a vítima, há muito negligenciada pelo próprio sistema, que, em tese, possuiria a prerrogativa de resguardar seus direitos.

Torna-se importante salientar que reconhecer a multiplicidade e complexidade das relações afetivas é imprescindível para que, a partir de novos paradigmas, os conflitos possam ser resolvidos e evitados. O valor simbólico da lei penal perde força diante da efetividade de uma ação articulada que se dispõe a tratar das questões conhecendo as suas raízes e atribuindo visibilidade ao processo de violência que resultou na agressão²⁷.

Nesse diapasão, cumpre estabelecer, conforme ensina Sica²⁸⁽²⁷⁾, que “a justiça restaurativa foca as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta”. Seus mecanismos ocasionam a “alteração dos objetivos” e da “forma de proceder”, a fim de conduzir as partes a uma construção coletiva da decisão, salientada a peculiaridade de cada situação.

Visando à relevância dessas questões, em 2012, a Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução nº 2.002²⁹, que teve o condão de estabelecer os princípios básicos de justiça restaurativa a partir do seu Conselho Social e Econômico, oportunidade na qual criou-se uma espécie de guia geral que poderá ou não ser adotado pelos países-membros. Composta por quatro seções, a Resolução mostra desde conceitos e valores básicos, passando por discussões a respeito da operacionalidade de tal sistema, e do incentivo à sua aplicação; por fim, apresenta diretrizes estruturais para as nações que buscam a implementação da tal alternativa.

As práticas restaurativas se dão conforme a necessidade local. Não sendo todos os casos adequados à sua aplicação, apresentando por si só uma similaridade com o direito civil, e que inclusive é um dos pontos apresentados por Achutti²⁶ como obstáculos a uma reforma

efetiva, uma vez que, conforme assevera o autor, a dicotomia entre o direito penal e o direito civil é colocada como pano de fundo da cultura jurídica brasileira.

Dentre as principais práticas, destacam-se: a mediação vítima-ofensor, buscando a reparação, compensação ou restituição do dano, podendo ocorrer de maneira direta ou indireta; a conferência restaurativa, apresentada como comunidades de apoio e os círculos de sentença e cura, em conjunto com comitês de paz, conselhos de cidadania e o serviço comunitário, que trabalham também com encontros e discussões que buscam a restauração do bem-estar e da paz social dos envolvidos e da sociedade. Tenta-se solucionar a complexidade apresentada, não utilizando o Estado como mero paliativo aos problemas, e, sim, como efetivo meio de promover a paz social, a partir de uma abordagem diversificada do agir criminoso. Esse último aspecto adentra o campo da criminologia, motivo pelo qual se deve ter em vista que a justiça restaurativa é um ramo dentro da corrente da criminologia crítica, na medida em que problematiza as origens da ação criminosa e aborda a violência estrutural.

Garapon²⁶ define a justiça restaurativa como algo que não se funde nem exclusivamente no ato delitivo em si, tampouco na pessoa do criminoso vislumbrando sua ‘ressocialização’, mas no ‘ato de unir pessoas’ de modo a proporcionar ‘novas perspectivas e novos olhares sobre a situação que as envolve’:

Invariavelmente, a ideia central da justiça restaurativa está na pretensão de atribuir aos principais interessados – vítima, autor e grupo social diretamente afetado pelo delito – os recursos suficientes para reagir à infração. Já que não é mais possível ‘pretender saber a priori melhor que os próprios interessados o que é bom para eles’, melhor então ‘despertar as suas competências particulares, adormecidas pelo paternalismo das instituições’²⁶⁽⁸⁹⁾.

Ela se consolida como sendo um movimento social ou uma corrente político-criminal

oriunda do abolicionismo penal, que, por sua vez, possui suas raízes nos estudos relacionados com a criminologia crítica.

A fim de proporcionar reformas ao poder punitivo do Estado, sobretudo no caso da Lei dos Juizados Especiais³⁰ e da Lei Maria da Penha¹, devem ser analisados todos os fatores que contribuem para a manutenção do sistema punitivo, apresentando-se como obstáculos ao pensamento crítico criminológico de mudança de paradigma. A falta de eficácia das estratégias mais brandas (muitas vezes por estarem mal estruturadas) somada à política de tolerância zero, usada como resposta exclusiva e enfática ao aumento da criminalidade, têm ocasionado a edição de inúmeras leis penais, aumento de penas e criação de novos tipos penais, reforçando o mito de que o sistema penal é a resposta concreta e correta para todas as demandas sociais nessa seara. Ao mesmo tempo, entre as opções percebidas a partir do processo penal, é possível destacar o chamado processo penal de emergência, assim definido:

Tal estratégia não passa de mero paliativo frente à criminalidade, uma vez que o processo penal não serve para combater o crime e o delinquente, mas tão somente para que ninguém seja penalizado sumariamente sem direito a defesa, contraditório, etc.²⁶⁽¹²⁸⁾.

Apesar de já ser possível perceber a adoção de determinadas práticas restaurativas dentro do sistema ora posto, para que seja possível a efetiva consolidação, é necessária uma mudança não só legislativa, mas de toda a cultura jurídica posta, no sentido de buscar a satisfação das partes.

A forte pressão midiática por reformas intolerantes e repressivas tem dificultado, em muito, qualquer tipo de tentativa de reforma que se proponha a ser, ao mesmo tempo, humanista e realista, no sentido de tentar resolver os problemas em suas raízes, sem sobrecarregar a justiça ou ampliar os poderes do magistrado. Nesse mesmo sentido, Pires³¹ apresenta três fatores como principais obstáculos para

a consolidação desse tipo de reforma: os princípios da racionalidade penal iluminista, o *deficit* democrático nacional e a formação de operadores desvinculados da realidade social.

O primeiro fator se relaciona intimamente com cinco searas de direitos: os direitos da pessoa, que, apesar de poderem ser vistos de uma maneira garantista ou de diminuição da repressão, acabam se tornando uma das justificativas para aumentá-la por meio do fortalecimento da ideia de que não há mediação ou conciliação que proteja a pessoa de delitos graves; o princípio da igualdade, que força os magistrados a prezarem pela uniformidade de suas decisões, menosprezando as peculiaridades caso a caso; a necessidade de punir, ou razão punitiva, nas concepções apontadas por Feuerbach, Kant e Beccaria³¹; as garantias jurídicas e a proteção da sociedade que, apresentando limites ao poder de punir, e ligados às teorias da pena do século XVIII a respeito da eficácia da lei penal e à promoção do bem-estar do povo, estabelecem, de maneira geral, que a questão não era “nem perdoar, nem resolver diferentemente os conflitos, deviam-se aplicar de maneira estrita os rigores da lei”³¹⁽⁸⁷⁾.

Sica²⁸⁽¹²¹⁾ apresenta o que ele chama de ‘noção moderna de justiça’:

Esse hábito não é uma necessidade psicossocial, mas uma necessidade político-institucional, ligada, antes, ao processo de apropriação da justiça e, agora, à instrumentalização do direito penal para manter o distanciamento e o isolamento de determinadas pessoas e para rotular os ‘inimigos’ da sociedade (função diversiva do direito penal: esconder os problemas reais e mais graves, através da supervalorização e dramatização de alguns problemas selecionados).

No tocante ao segundo fator, é possível salientar que a abertura democrática da década de 1980 deve ser vista com cautela, já que temos o resultado facilmente observado de um sistema eleitoral e partidário ‘desproporcional e frágil’ que, em muito, contribuem para

políticas repressivas e soluções práticas, além da evidente descrença do cidadão brasileiro com as instituições democráticas³².

O terceiro obstáculo seria a formação de profissionais extremamente indiferentes e descomprometidos com as necessidades sociais que os cercam, fortalecendo uma cultura técnico-democrática contraposta ao pensamento crítico e a uma visão mais ampla do cenário social.

Finalmente, é adequada a conclusão de Achutti²⁶⁽¹⁴⁵⁻¹⁴⁶⁾, quando assevera o seguinte:

A percepção das limitações do sistema oficial de justiça ultrapassou há um bom tempo as constatações empíricas dos operadores jurídicos e as conclusões no plano teórico da academia, e atingiu o legislador constituinte. Ao elaborar a Constituição de 1988, foi inserido um dispositivo que aponta para uma conclusão incontestável: é necessário instituir mecanismos diferenciados de resolução de conflitos no sistema judicial brasileiro, como forma de proporcionar uma maior satisfação aos demandantes, independentemente da natureza do conflito.

A aplicação da justiça restaurativa no âmbito da Lei Maria da Penha deve ser analisada com mais profundidade. Ao retirar os conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher dos juizados especiais, devem ser analisados os prós e os contras da aplicação da referida lei, a fim de possibilitar maior compreensão e amplitude do tema.

Constata-se que uma forma de tornar o sistema mais eficaz seria a criação de estruturas de conciliação mais híbridas com profissionais não só jurídicos, em conjunto com a devida priorização de foco para que a vítima não seja apenas um instrumento processual, e assim não seja transmitida a ideia de que a violência é permitida desde que se pague o preço.

Com as providências devidamente apontadas acima, o que se espera é que a instauração da justiça restaurativa seja acompanhada de discussões e pesquisas a respeito dos prejuízos

da cultura legalista e punitivista brasileira, democratizando o acesso à justiça “com redução drástica da distância entre o acesso formal ao Judiciário e o acesso material à justiça propriamente dita” ²⁶⁽¹⁸⁹⁾.

Como refere Achutti²⁶, o Brasil ainda não está preparado para um modelo consensual de justiça criminal, entretanto uma reforma que busque inserir uma lógica restaurativa no sistema penal não deve parecer uma surpresa. Além de alguns autores, como Campos³³, identificarem a Lei Maria da Penha como ‘mista’, por abarcar tanto aspectos punitivos quanto restaurativos, sabe-se que as experiências com a Lei Maria da Penha¹ e a Lei nº 9.099/95³⁰ podem, em muito, contribuir para o aprimoramento do judiciário na garantia judicial de resguardar direitos.

Atualmente, alguns poucos tribunais do Brasil utilizam a técnica da justiça restaurativa, sendo certo que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ainda não adotou essa possibilidade como prática. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), contudo, incentiva a prática da justiça restaurativa por meio do Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa e sua utilização em situações de violência doméstica, prevista na Resolução nº 225/2016. O recurso, contudo, não exclui o processo criminal, sendo a ele concomitante, podendo, inclusive, fazer parte da pena.

Os projetos de justiça restaurativa em parcerias com o Ministério da Justiça e o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), por meio do projeto Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro, que se apresentaram mais visíveis foram os de: São Caetano do Sul, projeto educacional e jurisdicional implementado na Vara de Infância e Juventude, adotando o círculo restaurativo como modelo principal de responsabilidade dos assistentes sociais, tanto em sua realização e controle quanto no acompanhamento dos termos do acordo estabelecido, tendo sido reanalisado algumas vezes, como se espera de uma execução adequada; Porto Alegre, também na Vara Juvenil, sendo

denominado Central de Práticas Restaurativas, que se originou do Projeto Justiça para o século XXI, cuja prática principal é também o círculo restaurativo, sendo considerado uma medida complementar e alternativa; Brasília, desenvolvido nos Juizados Especiais Criminais (Jecrim), tendo a mediação como procedimento principal, mas não engloba, entretanto, situações de violência doméstica, pela necessária separação que deve existir desde o advento da Lei Maria da Penha.

Em termos legislativos, há o Projeto de Lei nº 7.006/2006, que embora já tenha sido arquivado em duas oportunidades, encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados. Ele busca instituir e reconhecer a justiça restaurativa de maneira facultativa e complementar, sem especificar as práticas principais, e respeitados princípios constitucionais. Mesmo com as tentativas de implementação de medidas alternativas ao sistema punitivo, ainda não existe uma rede integradora que facilite a aplicação das medidas em conjunto, nem qualquer iniciativa de conscientização e organização mais enfática. A estrutura penal continua burocrática e distante da sociedade para quem atua.

Azevedo³⁴⁽¹¹⁹⁾ apresenta outra necessidade dentro do tema:

é necessário criar novas instituições judiciais, renovar as antigas, tornando-as mais acessíveis, e investir no treinamento e remuneração não apenas de juízes e promotores, mas também de defensores públicos para as partes.

De acordo com Achutti²⁶, um sistema de justiça restaurativa bem colocado tem por características primordiais: regulamentação legal do sistema; autonomia dos núcleos e serviços; visualização da peculiaridade caso a caso; participação ativa das partes envolvidas na lide; refutação de estereótipos que possam eventualmente ser atribuídos às partes; presença de profissionais metajurídicos; busca da satisfação das partes; e ligação com a justiça criminal tradicional, para que seja reduzido seu uso paulatinamente.

Conclui-se que a justiça restaurativa pode ser usada como incrementadora da democracia brasileira, facilitando a chamada 'criação coletiva da justiça' conforme apontamento de Achutti²⁶. Ela pode potencializar o efeito efetivamente justo das decisões e fortalecimento da cidadania, desde que bem estruturada.

Considerações finais

Indubitavelmente, repensar um sistema de justiça criminal não é uma tarefa fácil. Responder violência com punição é um lema (ou mito) que configura a essência dos seres humanos; e, dificilmente, em um momento de tantos retrocessos, alcança-se um progresso que exige avaliação refinada e honesta, não menos dolorosa, da realidade. Em momentos de retrocesso, a questão mais importante é reafirmar direitos, e não lapidar uma abordagem que apresenta falhas e contradições.

De toda sorte, em que pesem as novas lutas que se vislumbram para o movimento feminista diante do cenário político que se apresenta, reavaliar certas compreensões pode ser crucial para conquistas reais para as mulheres, e indispensáveis nesse momento.

A demanda por mais castigo, punição e segregação parece desconhecer as inúmeras dificuldades de uma confusa política criminal. A criminologia feminista revela a imperiosidade de enxergar que o sistema penal apresenta estratégia excludente, que recria desigualdades e preconceitos sociais. O direito penal sempre serviu à manutenção de um estado de coisas, e não à promoção de direitos humanos, sendo inegável a grande contradição que o alimenta. De um lado, afirma-se a igualdade formal entre os sujeitos de direito, mas, de outro, convive-se com a desigualdade substancial entre os indivíduos, que determina a maior ou menor chance de alguém ser etiquetado como criminoso.

Evidenciar a reprovabilidade de uma ação passa por caminhos mais tortuosos do que uma mera tipificação penal, o encarceramento ou qualquer ação judicial conservadora. Tornar

socialmente inaceitável a agressão contra as mulheres exige 'lentes de gênero', e uma percepção refinada alcança a falibilidade de um sistema que perversamente é capaz de causar ainda mais dor. Os limites do sistema penal esbarram na exigência urgente de salvar as mulheres.

O sistema de justiça percebe a mulher como objeto inserido em um esquema predeterminado de violência, e, a partir disso, lhe nega voz. Proteger mulheres relaciona-se diretamente com fortalecer as mulheres, e conferir a elas papel de protagonista da própria vida.

Prosseguir ações penais a despeito do desejo das mulheres vítimas, baseando-se no argumento da vulnerabilidade absoluta, revela o quanto o direito feito por homens e interpretado por eles não tem por tradição reverenciar as mulheres. Reconhecer a vulnerabilidade para criação de medidas eficazes e urgentes é importante na promoção do direito das mulheres, mas isso não pode significar um sacrifício à dignidade delas, que concebidas como seres menores não podem dizer o que desejam da justiça.

O movimento feminista precisa saber que a tutela penal possui regras próprias e necessárias à salvaguarda do Estado Democrático de Direito, na medida em que, muito embora a violência doméstica contra a mulher seja recorrente, o sistema de provas no direito criminal não pode ser violado. Além dessa percepção, é preciso também lembrar a insuficiência do direito penal para lidar com as violências não tipificadas, os limites da tipicidade penal e a impossibilidade de as decisões evitarem tragédias. O questionamento, nos casos em que um agressor já denunciado, ou que já responda a um processo criminal, pratica novo fato, ou mesmo um feminicídio, não deveria ser o motivo pelo qual ele não estava preso. O questionamento deveria ser:

por que ainda apostamos em um sistema punitivo? Desconstruir a forma com a qual tratamos as pessoas violentas, dentro de um poder autoritário e eminentemente conservador, exige uma reflexão intensa sobre como nos organizamos como sociedade. De toda forma, é preciso superar a ilusão de que um dia teremos uma lei penal ideal, policiais militares e civis capacitados e suficientes, prisões adequadas, juízes e funcionários da justiça em número satisfatório para atender às demandas de um sistema punitivo que nasceu e vive na expectativa de um dia funcionar de verdade.

Assim, as ponderações que exigem um autoteste dos juízes são: reconhecer a força de uma intervenção estatal punitiva e a vulnerabilidade das pessoas diante dessa intervenção; a potência de uma ação penal e a delicadeza das relações pessoais; compreender a violência contra as mulheres no âmbito doméstico demanda compreender a violência e as mulheres; melhorar a atuação judicial demanda investimento em medidas alternativas, menos autoritárias e mais consentâneas com a complexidade que envolve as formas de organização das relações interpessoais e o modo pelo qual a violência penetra nessas relações.

Colaboradores

Marques BOM (0000-0002-8395-4752)* contribuiu para a concepção do estudo, elaboração do trabalho, análise e interpretação dos dados, redação da primeira versão e aprovação da versão final do manuscrito. Erthal RMC (0000-0002-0284-9652)* e Girianelli VR (0000-0002-8690-9893)* contribuíram para a análise e interpretação dos dados, revisão crítica do conteúdo e aprovação da versão final do manuscrito. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Brasil. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Diário Oficial da União. 7 Ago 2006.
2. Karam ML. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. Boletim do IBCCRIM. 2006; 14(168):6-7.
3. Ribeiro D. O que é lugar de fala? Belo Horizonte: Letramento; 2017.
4. Tiburi M. Feminismo em comum, para todas, todes e todos. São Paulo: Rosa dos tempos; 2018.
5. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.
6. Brasil. Código Civil. 53. ed. São Paulo: Saraiva; 2002.
7. Brasil. Lei nº 11.106/2005, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União. 29 Mar 2005.
8. Brasil. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal [internet]. Diário Oficial da União. 31 Dez 1940. [acesso em 2018 abr 4]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.
9. Minayo MCS. Violência social sob a perspectiva da saúde pública. Cad. Saúde pública. 1994; 10(S1):7-18.
10. Deslandes SF. Prevenir e proteger: análise de um serviço de atenção aos maus tratos na infância [dissertação]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz; 1993.
11. Olds DL. Preventing child abuse and neglect: a randomized trial of nurse home visitation. Rockville Pike: Pediatrics; 1986.
12. Saffioti HIB, Almeida SS. Violência de gênero: poder e impotência. Rio de Janeiro: Revinter; 1995.
13. Saffioti HIB. Já se mete a colher em briga de marido e mulher. São Paulo Perspec. 1999; 13(4):82-91.
14. Henderson AJZ. He loves me; he loves me not: attachment and separation resolution of abused women. Columbia Britânica: Simon Fraser University; 1992.
15. Andrade VRP. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Rev. Sequência. 2005; 26(50):71-102.
16. Mendes SR. Criminologia feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva; 2017.
17. Lombroso C. O homem delinquente. São Paulo: Ícone; 2013.
18. Baratta A. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; 1999.
19. Batista N. “Só Carolina Não Viu”: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: Mello AR. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Rio de Janeiro: Lumen Iuris; 2009.
20. Campos CH, Carvalho S. Violência doméstica e juizados especiais criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. Rev. Estud. Fem. 2006; 14(2):409-422.
21. Baratta A. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: Campos CH. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina; 1999.
22. Andrade VRP. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção de cidadania. Florianópolis: UFSC; 1997.
23. Montenegro M. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Renavan; 2015.
24. Achutti D. Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2009.

25. Walgrave L. Restorative justice, self-interest and responsible citizenship. Cullompton (Reino Unido); Portland (EUA): Willan Publishing; 2008.
26. Achutti D. Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva; 2016.
27. Granjeiro IACL. A agressão conjugal mútua na perspectiva da justiça restaurativa: a Lei Maria da Penha sob questão [tese]. Brasília, DF: Universidade de Brasília; 2012. 341 p.
28. Sica L. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2007.
29. Organização das Nações Unidas. Resolução nº 12, de 24 de julho de 2002. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 37ª Sessão Plenária [internet]. Nova York: ONU; 2002 [acesso em 2018 abr 4]. Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf.
30. Brasil. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Diário Oficial da União. 27 Set 1995.
31. Pires A. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. *Sociologias*. 1999; 1(1):64-95.
32. Pastana DR. Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Unesp; 2009.
33. Campos CH. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: Campos CH, organizadora. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2011.
34. Azevedo RG. A informalização da Justiça Penal no Brasil. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*. 2001; 1(2):113-123.

Recebido em 29/07/2019

Aprovado em 23/10/2019

Conflito de interesses: inexistente

Suporte financeiro: não houve

Da violência sexual e outras ofensas contra a mulher com deficiência

Sexual violence and other offenses against women with disabilities

Regina Lucia Passos¹, Fernando Salgueiro Passos Telles², Maria Helena Barros de Oliveira²

DOI: 10.1590/0103-11042019S413

RESUMO O ensaio teve como objetivo analisar dois parâmetros que sustentam a violência no Brasil: ser mulher e com deficiência. Discute-se a forma de como a deficiência potencializa a invisibilidade social das mulheres. O referencial teórico está nos campos da violência de gênero e da deficiência, nos conceitos de feminicídio, no campo de deficiências e seus modelos e da acessibilidade atitudinal e invisibilidade. A discussão, em revisão de literatura de caráter interdisciplinar, desenvolve-se sob os conceitos de invisibilidade sociojurídica e de discriminação. Os diplomas normativos sobre o tema e sobre a realidade são analisados nas seguintes perspectivas: invisibilidade sociojurídica, intangibilidade na saúde pública, ausência e exclusão. Conclui-se que a violência contra a mulher com deficiência é mais invisibilizada no âmbito sociojurídico, considerando que tanto o gênero quanto a deficiência a potencializam e criam a necessidade de políticas públicas para debelar grave violação aos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE Avaliação da deficiência. Violência de gênero. Direitos humanos.

ABSTRACT *The essay aims to analyze two parameters that underpin violence in Brazil: being a woman and with disabilities. It discusses how disability enhances the social invisibility of women. The theoretical framework is in the fields of gender violence and disability, the concepts of femicide, the field of disabilities and their models and attitudinal accessibility and invisibility. The discussion, in an interdisciplinary literature review, develops under the concepts of socio-legal invisibility and discrimination. The normative diplomas on the theme and reality are analyzed from the following perspectives: socio-legal invisibility, intangibility in public health, absence and exclusion. It is concluded that violence against women with disabilities is more invisible in the social and legal context, considering that both gender and disability enhance it and create the need for public policies to face serious violation of human rights.*

KEYWORDS *Disability evaluation. Gender-based violence. Human rights.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
reginapassos@tjrj.jus.br

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

Diariamente, enfrentamos diferentes situações que envolvem os temas de gênero, de deficiência, de violências; mas, de fato, os seres sociais, nós, seres humanos, muitas vezes não (con)vivemos ou percebemos as dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência, o que materializa uma distância do entendimento do que sejam esses conceitos.

Por vezes, as dificuldades são potencializadas, pois envolvem fatores múltiplos em um mesmo caso, a exemplo do fenômeno mundial de violência de gênero incidindo sobre vítima com deficiência.

A violência contra a mulher é um problema grave, atual, complexo, de múltiplas faces e, segundo Sasaki¹, de escala mundial. Comporta atos abusivos e trata-se de evento sofrido por determinados seres humanos, em razão do gênero feminino. Incluem mutilação genital, abuso físico, emocional e sexual, incesto, aborto forçado, crimes de honra, violência relacionada com o dote, matrimônio forçado, tráfico humano, prostituição forçada e violência obstétrica, entre outros, sendo que alguns são tratados como tortura pela Organização das Nações Unidas (ONU)².

Por ocorrerem, muitas vezes, em ambiente familiar, não são denunciados, ou a vítima não encontra meios de sair do círculo vicioso da violência de gênero que independe de classe social, credo, raça ou grau de instrução mais elevado³.

Historicamente, as mulheres vêm sofrendo discriminação e marginalização no Brasil e no mundo. No caso das mulheres com deficiência, o panorama é de maior gravidade. A cultura da naturalização da violência contra a mulher e a invisibilização do problema são partes essenciais da própria violência e, em alguns locais, ocorrem verdadeiras pandemias de mortes de mulheres; e, especificamente, no Brasil de hoje (cerca de 71% dos feminicídios e das tentativas têm parceiro como suspeito)⁴. Tais crimes foram denominados de feminicídio, passando a significar a morte de mulher por razões de condição do sexo feminino.

A pedra angular do problema da violência de gênero reside na ideologia genérica patriarcal, tendo o sexo e a violência como preceitos⁵. O Estado participa da problemática ao reforçar o domínio patriarcal quando se apoia em grupos hegemônicos. A intersecção entre gênero e deficiência ainda é um tema em construção para as ciências sociais e políticas públicas⁶.

Para conceituar 'deficiência', são integrados os fatores corporais, as barreiras estruturais da sociedade e os fatores específicos da alteridade física como diferença individual, demandando da sociedade a incorporação inclusiva de diferentes estilos de vida. É um conceito em evolução e reconhecido pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ratificada pelo Brasil em 2009⁷.

Até a década de 1970, a deficiência era definida no mundo todo apenas pelo modelo biológico e era entendida como um problema individual, um estigma, uma desvantagem natural e, até mesmo, uma anormalidade. O sociólogo inglês Paul Hunt influenciou a criação de um marco, a partir do qual foi mudada a compreensão sobre a deficiência, para além do modelo biológico. Foi criada a Liga dos Lesados Físicos Contra a Segregação (Union of the Physically Impaired Against Segregation – Upias), que procurou superar o modelo biológico de explicação da deficiência e se constituiu no marco teórico do Modelo Social de Deficiência.

Assim, a deficiência passou a ser considerada uma experiência de opressão e imposição social. Na perspectiva feminina, foram enfrentados desafios vários, entre os quais, as necessárias mudanças de paradigmas quanto às desigualdades sofridas pela deficiência e pela discriminação de gênero.

Mulheres com deficiência, além de terem menos acesso à proteção contra a violência sexual e outras ofensas, com frequência, são menos capazes de se defender. Os agressores, comumente, são provedores, cuidadores ou pessoas de quem elas dependem para ajuda física ou financeira. O receio de denunciar é grande, inclusive porque há uma tendência de

que suas denúncias não venham a ter crédito e, também, por não haver acessibilidade atitudinal suficiente para que o Estado tome conhecimento desses fatos.

Outro problema que agrava a situação da mulher com deficiência e vítima de violência é a atenção de saúde pública incipiente, seja pela falta de políticas e agendas que se voltem para elas, seja por omissão e baixa cobertura de procedimentos de socorro.

É importante demonstrar a invisibilidade sociojurídica nas formas de violência sexual e de outras ofensas contra a mulher com deficiência e indicar, especificamente, sobre os fatores que aumentam esta invisibilidade sociojurídica e a possibilidade de existir um projeto de justiça que minimize as extremas desigualdades.

A violência contra a mulher com deficiência e a invisibilidade sociojurídica

Alguns diplomas legais, nacionais e internacionais, tratam da violência de gênero e, em alguns poucos, sobre as vítimas com deficiência, como alguns poucos estudos estatísticos realizados para a melhor compreensão dos fenômenos estudados.

A enunciação da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã⁸, de 1791, por Olympe de Gouge, ao lado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁹, de 1789, durante a Revolução Francesa, é considerada o marco inicial da luta pelos direitos da mulher na modernidade, após a qual movimentos feministas, sindicalistas e sufragistas empunharam diversas bandeiras por igualdade de direitos entre os gêneros.

Conforme o Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídios/feminicídios)¹⁰, as marcas culturais são a noção de masculinidade associada à dominação, a rigidez dos papéis de gênero, a ideia de propriedade masculina, a aprovação da violência como um

mecanismo para resolver conflitos cotidianos, o consentimento social ao castigo físico contra mulheres, a idealização do amor romântico, o menosprezo das qualificações das mulheres.

A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres (Cedaw)¹¹, celebrada pela ONU, inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos², define discriminação contra a mulher como exclusão baseada no sexo para anular o gozo dos seus direitos humanos e liberdades.

Passo também importante dessa caminhada foi a adoção, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 1994, ratificada pelo Brasil, em 1995, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará¹².

A década de 1990 ainda produziu dois diplomas internacionais significativos para o combate à violação dos direitos da mulher: o primeiro deles, de 1994, trata-se da Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher¹³. O segundo diploma, a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim¹³, de 1995, é o documento político no qual os governos se comprometem a implementar uma plataforma de ação.

Entre o final da década de 1990 e os anos iniciais do século XXI, vieram os decretos visando à redução dos índices de violência contra mulher: o Decreto nº 1.973/1996¹², que promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994; e o Decreto nº 7.958/2013¹⁴, que estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídios/feminicídios)¹⁰ tem relevância ao analisar as relações de possessividade como motivadoras desses crimes como reflexo de uma cultura de ódio e discriminação contra as mulheres e um sinal do fracasso do sistema de justiça penal em

punir aqueles que cometem esses crimes.

Entretanto, a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha (LMP)¹⁵, é, verdadeiramente, o marco que reforçou a abordagem feminista de criminalização e tratamento multidisciplinar para o enfrentamento da violência doméstica, que trouxe significativos reflexos para as políticas públicas desenvolvidas desde então.

Outro passo relevante nessa trajetória foi a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deam), de casas-abrigo, de centros de referência, da Central Ligue 180. São redes de apoio que se têm mostrado fundamentais, não só para proteção imediata da mulher ante a ofensa sofrida, bem como para a possibilidade de a mulher ressignificar a si mesma em busca de novas condições de vida. Aliás, o Projeto Violeta, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), também muito tem contribuído para o atendimento das vítimas, principalmente pela sua capacidade de itinerância, em uma forma diferenciada de atendimento à vítima. Nos últimos dias, foi criada a 'Patrulha Maria da Penha, guardiões da vida', pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ), como iniciativa capitaneada pelo TJRJ e pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Recentemente, outra alteração acrescentou dispositivo ao art. 12 da LMP¹⁵, por meio da Lei nº 13.836¹⁶, de 04 de junho de 2019, tornando obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar.

É preciso falar sobre os direitos humanos enquanto conquistas civilizatórias e as graves violações a eles, com as desigualdades perpetradas contra as pessoas com deficiência. Elas vivem, através dos tempos e em todo o mundo, verdadeira 'Epopéia Ignorada'.

É possível admitir que a preocupação com a pessoa com deficiência, especialmente quando se tratar de uma mulher com deficiência, é reflexo da proteção de direitos humanos. Soam como os direitos autoevidentes, mencionados na Declaração de Independência dos Estados Unidos e na Declaração Francesa de Direitos do Homem. Entretanto, a autoevidência, por si

só, exige base conceitual para deixar claro quais direitos estão sendo referidos e protegidos.

Sen¹⁷ apresenta a ideia de participação dos indivíduos quando possuem condições de realizar alguma coisa para que as liberdades entendidas como relevantes não sejam violadas. O autor se refere a uma exigência ética universal e considera que, na aplicação em um caso real, pode haver argumentos ambíguos, o que não irá, necessariamente, descartar a força do argumento para a realização de um ato. Exemplo: caso Catherine Genovese, de Nova York, em 1964. A mulher foi agredida até morrer; e os vizinhos, mesmo ouvindo seus gritos, nada fizeram para interferir e fazer cessar a agressão. A liberdade de Catherine em não ser agredida foi violada, bem como o dever das mais de 30 pessoas que assistiram às agressões e não a ajudaram foi violado.

Recentemente, o Brasil vivenciou situação semelhante, quando uma mulher de classe média foi brutalmente agredida em um condomínio da Barra da Tijuca. De acordo com os dados da investigação, somente após cinco horas de violência os vizinhos chamaram a polícia. Foi cometido um crime de feminicídio brutal, perante representantes da cultura social da cegueira voluntária.

Uma boa razão para compreender os direitos das mulheres com deficiência como direitos humanos e a necessidade de sua proteção por toda a sociedade é a dupla vulnerabilidade das mulheres com deficiência, como mulher e como pessoa com deficiência. Essas duas vulnerabilidades passarão a ser abordadas.

No que concerne às pessoas com deficiência, essas são de há muito excluídas, já foram condenadas à morte, consideradas malditas, um fardo para muitos, peso morto para a sociedade, ou seja, quase pessoas, como expresso por Vitor Hugo em 'O corcunda de Notre Dame', por meio do personagem Quasímodo – um quase pessoa –, alvo de deboche. Que, sem lugar na sociedade, restava-lhe a exclusão.

Desde as culturas mais antigas, já se iniciava a saga melancólica das pessoas com deficiência, conforme relata Otto Marques:

A sobrevivência das pessoas com deficiências aqui no Brasil e em boa parte do mundo, na grande maioria dos casos, tem sido uma verdadeira epopeia. Essa epopeia [...] – uma verdadeira saga melancólica – assim como o foi em todas as culturas pelos muitos séculos da existência do homem. Ignorada, não por desconhecimento acidental ou por falta de informações, mas por não se desejar dela tomar conhecimento¹⁸⁽⁹⁹⁾.

A exemplo dos hebreus, egípcios e gregos: Noé, conforme descrito pelo ‘O livro de Enoque’, seria Albino e quase foi rejeitado por seu pai; Moisés possuía dificuldades no falar com clareza, e o Faraó Akhenaton, 1º Rei monoteísta do Egito, que era epilético e que, durante as crises, para evitar ser visto, possuía no palácio um coral só de homens cegos ao seu dispor; e, ainda, entre os maiores poetas gregos, Homero, que, pelos relatos, era cego.

Alguns dos Filósofos mais renomados chegaram a alimentar a ideia do extermínio das pessoas com deficiência, inclusive as crianças. Ao filosofar, Platão afirmou: “e no que concerne aos que receberam corpo mal organizado, deixa-os morrer de fome”¹⁹⁽⁴⁸⁾.

A Bíblia²⁰ também relata diversos milagres de cura por Jesus, como exemplo: a cura do paralítico de Betesda, descrito no evangelho de João 5.1-15. Os ideais cristãos trouxeram ao mundo uma forma caridosa de enxergar a deficiência. Contudo, as pessoas com deficiência não querem caridade, querem exercer plenamente as oportunidades iguais.

A deficiência, além de doenças ou lesões no corpo, ocorre pelas desigualdades impostas pelo ambiente a um corpo com impedimentos, uma desvantagem natural que deve ser reparada para voltar à normalidade, ou ser, tão somente, parte da diversidade humana, segundo Diniz²¹. No modelo biomédico, ou o corpo muda, ou será indesejado pela sociedade. No modelo social, entende-se que a opressão ao corpo não precisa ser a regra, dependendo do que se compreenderá por normalidade e como se reage aos diferentes corpos.

O mesmo lugar social em que essa assimetria nas relações de gênero habita dá origem ao que Santos²² nomeia como razão metonímica, segundo a qual há apenas uma lógica que governa tanto o comportamento do todo como o de cada uma de suas partes. Há, pois, uma homogeneidade entre o todo e as partes e estas não têm existência fora da relação com a totalidade.

Apenas na atualidade, o conceito de deficiência começa a ser discutido e revisto. Tem-se como um conceito ‘guarda-chuva’. Deve ser contrariada a tradicional forma de pensar polarizadamente o diferente, não por sua imanência, mas pela relação de oposição em face da alteridade, que classifica a pessoa pelo que ela não é. Esse modo de pensar tem lugar no mero paradigma biomédico.

O modelo social vem, assim, empreender a possibilidade de ressignificar o entendimento de diferença associado à exclusão, introduzindo a perspectiva de diversidade que pressupõe inclusão, conforme Diniz²¹. Dessa forma, explica a autora que, deficiência passou a ser um conceito político, e todo um conjunto de ações passou a ser discutido com vistas a ressignificar a pessoa com deficiência e seu contexto.

O tema da violência sexual e outros abusos contra a mulher com deficiência perpassa por vários conhecimentos. Desde o conceito de deficiência e seus desdobramentos até a violência de gênero e sua cultura retroalimentadora de toda sorte de abusos para com a pessoa vulnerável.

As maldades e ofensas cometidas contra tais mulheres são inenarráveis. Por vezes, são privadas de alimentação, higiene e até de seus instrumentos de auxílio, como bengalas e muletas. São submetidas às volúpias sexuais de seus próprios cuidadores. Não raro, ainda são obrigadas a agradecer, pois, afinal de contas, ‘estão lhe prestando um favor’ em ter interesse sexual pela sua pessoa.

Muitas vítimas sequer percebem que estão sendo constantemente abusadas, achando que a violência e a desumanização

fazem parte da sua própria condição, fruto da própria deficiência.

Em relação à violência geral, é ela característica das relações assimétricas, de gênero ou não e se institui, primeiramente, como violência simbólica, definida

pelos relações de poder que se formam entre indivíduos (e/ou instituições), que se situam em sistemas/estruturas de poder que se tornam instrumentos para ajudar a assegurar que uma classe domine outra²³⁽¹³⁾.

Quando negada a cumplicidade por parte do dominado, em uma relação de submissão, a violência simbólica dá lugar a outras formas de violência. Em se tratando de relações de gênero, manifesta-se como violência física, psicológica, sexual, moral, patrimonial, obstétrica, entre outras.

Todavia, a situação da mulher com deficiência ainda é praticamente invisível nas normas existentes, e também defasadas quanto às prevenções e instrumentais capazes de acolher a vítima. Para Pasinato²⁴, o problema mais grave reside no fato de as mulheres com deficiência, no Brasil, ainda enfrentarem *deficit* em termos do reconhecimento social do seu direito à justiça. Em grande medida, essa lacuna se deve ao fato de que o próprio conceito e a precisa caracterização de pessoa com deficiência ainda se encontram em processo de construção. A perspectiva é cruel, na visão de Prates²⁵⁽¹⁾, pois “suas vozes são sempre silenciadas, anuladas pelo peso das múltiplas opressões que sofrem”.

Além disso, falta a devida ‘sonoridade’ entre as próprias mulheres sem deficiência, pela cultura da ‘seletividade’, mesmo entre iguais.

Na trilha dos direitos internacionais e compromissos assumidos pelo nosso país, foi promulgada a Lei nº 13.146²⁶, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, em sequência à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O Estatuto considera a mulher com deficiência

especialmente vulnerável, e obriga o SUS a desenvolver ações destinadas à prevenção de deficiências por causas evitáveis, por meio da nutrição da mulher, e assegura os serviços de saúde incluindo o mesmo cuidado à mulher transexual com deficiência física.

A ONU fiscaliza o cumprimento da Convenção Internacional pelo Brasil, e o relatório destaca que não há atendimento acessível para as mulheres surdas e com deficiência e que há ausência de estratégia para garantir o empoderamento das mulheres com deficiência. Recomenda que haja consulta às mulheres com deficiência e suas organizações representativas para o cumprimento integral, lembrando o lema das pessoas com deficiência: ‘Nada sobre nós, sem nós’.

Na perspectiva sociojurídica, a mulher com deficiência, vitimada por violência de gênero, vive uma situação que tange à invisibilidade. Na LMP, somente é mencionada em relação ao agravamento da pena imputada ao agressor; e no crime de feminicídio, apenas como causa de aumento de pena e classificação do crime como hediondo.

A falta de jurisprudência e de decisões judiciais reiteradas sobre o tema caracterizam, sobremaneira, a invisibilidade. Encontrou-se apenas um julgado do VI Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – que, posteriormente, deu origem a recurso na Oitava Câmara Criminal, apelação nº 0018240-96.2014.8.19.0210²⁷⁽²³⁾ e, que, mesmo assim, exemplificou o fenômeno da culpabilização da vítima, e não do opressor, já que a pessoa agredida declarou “que as lesões apresentadas foram oriundas de queda da cadeira de rodas”.

A banalização da violência e a culpabilização da mulher geram sensação de impunidade, e é até aceitável o crime pela sociedade, que entende a violência como uma ‘provocação da vítima’, que ‘não cumpriu com o seu papel social’, expondo-se ao risco. A mudança da cultura do estupro e da violência, portanto, são fundamentais para o enfrentamento dessas questões; tendo-se que exercitar,

constantemente, a contracultura da violência de gênero e o empoderamento da pessoa humana, ressaltando-se, sobretudo, a importância de ações afirmativas, inclusão verdadeira e acessibilidade, principalmente a atitudinal.

No campo da saúde, a própria forma como o paradigma biomédico lança seu olhar sobre a pessoa com deficiência já condiciona uma perspectiva excludente. Considerando a notória influência que o discurso biomédico exerce, é fácil entender esse olhar sobre a pessoa com deficiência, baseado na ótica da exclusão. Observe-se, nesse sentido, a significativa ausência de menção à pessoa com deficiência, mesmo em documentos voltados para especial atenção à questão de gênero, como é o caso de Implementação da atenção em saúde às violências sexuais contra as mulheres em duas capitais brasileiras segundo Cavalcanti et al.²⁸.

Um exemplo claro das consequências dessa abordagem do modelo biomédico é a realidade da violência obstétrica praticada contra mulheres com deficiência, denunciada no estudo de Terra e Matos²⁹⁽¹⁷⁾, que destaca “como o modelo médico de deficiência contribuiu para a adoção, pela codificação civil de 1916 e 2002, de um modelo abstrato de incapacidade”, e que este modelo negou “o exercício de parcela de autonomia em relação a atos que teriam plenas condições de exercer livremente, produzindo um regime excludente”.

Outro fator que contribui para a violação de Direitos dessas mulheres nos sistemas de saúde é o despreparo dos profissionais para realizarem seu trabalho. Segundo Sasaki¹, não é dada a atenção adequada à sexualidade das mulheres com deficiência, vítimas de violência, que não contam, sequer, com a devida cobertura dos procedimentos de socorro e tratamento, sobretudo os preventivos às doenças transmissíveis, como o HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana).

Em suma, embora a violência sexual e outras ofensas sejam graves problemas de saúde pública, inclusive assim estabelecido pela Organização Mundial da Saúde e devidamente regulamentada no Brasil, a exemplo da

Lei nº 10.778/2003³⁰ (estabeleceu a notificação compulsória dos casos de violência contra a mulher), a vulnerabilidade das mulheres com deficiência, vítimas, ainda permanece acentuada, pela ausência ou incipiência de cuidados adequados. Os desafios estão a exigir mudanças concretas para a efetivação da cidadania dessas mulheres.

Caminhos – visibilidade, acessibilidade e presença inclusiva

Diante da cultura da violência de gênero e da exclusão das pessoas com deficiência, destacam-se duas formas de transformar mentalidades e culturas: educando e informando. Um dos caminhos a percorrer é o da equidade educativa (aceitação da diversidade), proposta na Declaração de Lisboa³¹, para modificar o olhar das novas gerações acerca da diversidade, como agentes dessa renovação.

Por esse viés, Silva e Nembri³²⁽⁵³⁾ analisam essa transformação no contexto da educação para pessoas com surdez, como é o caso do próprio autor, que afirma:

[...] pela abordagem, pela filosofia, pelo método em vigor em alguns centros de referência e excelência no ensino de surdos no Brasil, o surdo adquire naturalmente a língua de sinais, diz o que pensa em sua língua dominante sem ser admoestado por isso e, na sequência, aprende a língua da maioria de sua sociedade.

Também nessa perspectiva, Maio e Gurgel abordam³³ que as ações devem ser conjuntas com propostas de ampliar canais de denúncia com planos de enfrentamento nos diversos níveis estatais e fortalecimento dos conselhos de direitos, com destinação de verbas e construção de centros integrados de proteção e apoio.

Além de adequada coleta de dados, outros agentes sociais têm papel relevante na divulgação de informações, como a imprensa, que,

[...] possui um papel estratégico na formação da opinião e na pressão por políticas públicas e pode contribuir para ampliar, contextualizar e aprofundar o debate sobre a forma mais extrema de violência de gênero: o feminicídio³⁴.

Além disso, organizações civis, sindicatos, associações, como a exemplo do Espaço Cidadania e seus Parceiros pela Inclusão, que promovem eventos e lançam publicações como o livretinho ‘Inclusão é Atitude! Qual é a Sua?’, que, de forma simples e ilustrativa, aborda a acessibilidade do ponto de vista da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Um aspecto essencial para a garantia dos direitos da mulher com deficiência diz respeito à acessibilidade para realização de denúncia e para solicitação de cuidado, que precisa ser largamente ampliada, como indica Sasaki¹.

O papel do sistema judiciário é o de garantir a acessibilidade, prioritariamente acessibilidade atitudinal, dimensão que irá incentivar o surgimento das demais dimensões – arquitetônica, comunicacional, metodológica, instrumental e programática, pois, se a acessibilidade for (ou tiver sido) projetada sob os princípios do desenho universal, beneficiará todas as pessoas, tenham ou não qualquer tipo de deficiência Sasaki¹, certo que todos somos, potencialmente, pessoas com deficiência.

Essa linha de ação, se posta em prática, poderá efetivar a existência de um sistema sociojurídico comprometido, que contribuirá para que o País se aproxime das metas propostas no diploma internacional “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”³⁵ (muito embora não haja uma linha sequer na Agenda que contemple a mulher com deficiência nas metas e objetivos de igualdade entre os gêneros do capítulo 5).

Considerações finais

Como já observado no início deste texto, há maior invisibilidade sociojurídica das formas de violência sexual e de outras

ofensas contra a mulher com deficiência. As vozes devem se levantar para denunciar essa invisibilidade e reivindicar acessibilidade atitudinal, com inclusão.

A revisão de conceitos como o de deficiência, transpondo a questão de um modelo biomédico tradicional para o modelo social, permite entender a pessoa com deficiência em uma nova perspectiva, não mais como uma incapaz, alienada ou disfuncional, mas como mais um elemento no conjunto de uma sociedade plural.

Tais caminhos transcendem o simples fazer cumprir as leis e punir gravames, pois implicam contribuir para que as redes de atenção atendam a todos os atores sociais envolvidos, acolhendo vítimas, com mais e melhores políticas públicas.

Levando-se em consideração que existem lacunas éticas que impedem o exercício pleno da cidadania das mulheres com deficiência, principalmente quando são vítimas de violência, e, por ser a autora profissional da área jurídica há, pelo menos, três décadas, tendo experimentado múltiplas visões sobre o Sistema de Justiça, algumas sugestões urgem.

Há de se aprimorar a legislação existente, bem como a elaboração de outras normas que venham a conceder suporte àquelas que não possuam as características de efetividade e autoaplicabilidade. Todo sistema judicial e social, seja na esfera policial, do Ministério Público, outros órgãos de atenção e repressão à violência, órgãos de assistência social e da saúde pública, bem como e, principalmente, o Poder Judiciário, devem implementar medidas autoeducativas, mudar seus protocolos para a devida inclusão em seus projetos, sejam preventivos ou repressivos. Criando, outrossim, prioridades nos atendimentos, que deverão ser totalmente acessíveis a essas mulheres hipervulneráveis.

Para plena visibilidade e maior atenção ao tema, é necessário que os procedimentos e processos sejam categorizados e catalogados; seja assegurado atendimento com acessibilidade, por meio de agentes capacitados, a

exemplo de intérpretes de libras para atender às vítimas com deficiência auditiva; haja encaminhamento das vítimas que precisem ser retiradas do lar para moradias assistidas e, para aquelas que não dispõem de recursos suficientes, seja criado um auxílio financeiro, ainda que transitoriamente; além de políticas públicas disponibilizadas para auxiliar a rotina dessas mulheres e de seus cuidadores.

A visibilidade em trabalhos acadêmicos, dentro das leis, na sociedade e nas políticas públicas, é o início da visibilidade dessas mulheres com deficiência, o que se buscou como

objetivo com o presente artigo, a fim de apresentar análise inicial do que vem ocorrendo no Brasil com um segmento na sociedade raramente mencionado em decisões judiciais ou no diálogo entre os direitos humanos e a saúde.

Colaboradores

Passos RL (0000-0001-7943-8811)*, Telles FSP (0000-0001-7943-8969)* e Oliveira MHB (0000-0002-1078-4502)* contribuíram igualmente na elaboração do manuscrito. ■

Referências

1. Sassaki RK. Violência contra mulheres com deficiência. Centro para Estudos de Políticas sobre Mulheres [internet]. 2011. Relatório. [acesso em 2019 mar 3]. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/violencia_mulheres_deficiencia.pdf
2. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos [internet]. Nova York: ONU; 1948 [acesso em 2019 abr 15]. Disponível em: www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD.
3. Acosta DF, Gomes VL, Barlem EL. Perfil das ocorrências policiais de violência contra a mulher. Rio Grande: Brasil. 2013. Acta Paul. Enferm. 2013; 26(6):547-553.
4. Carazzai EH, Canofre F, Barbon J, et al. 71% dos feminicídios e das tentativas têm parceiro como suspeito. Folha Mulher [internet]. 2019 mar 8 [acesso em 2019 abr 15]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/71-dos-femicidios-e-das-tentativas-tem-parceiro-como-suspeito.shtml>.
5. Caputi J, Russel DEH. Femicide: sexist terrorism against women. In: Femicídio: la política de matar mujeres. Nova York: Twayne; 1990.
6. Mello AG, Nuernberg AH. Gênero e deficiência: interseções e perspectivas. Estudos Feministas. 2012; 2(3):635-655.
7. Brasil. Decreto nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009 [internet]. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União. 26 Ago 2009 [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/71-dos-femicidios-e-das-tentativas-tem-parceiro-como-suspeito.shtml>.

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf.

8. Gouze M. Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã [internet]. Universidade de São Paulo. [acesso em 2019 abr 15]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>.
9. França. Declaração Francesa de Direitos do Homem [internet]. [acesso em 2019 fev 5]. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_ho_mem_cidadao.pdf.
10. Organização das Nações Unidas. Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídios/feminicídios) [internet]. Brasília, DF: ONU: 2014 [acesso em 2019 fev 5]. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf.
11. Organizações das Nações Unidas. VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher CEDAW [internet]. Brasília, DF: 2005. [acesso em 2019 abr 15]. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/vi-relatorio-cedaw-versao-completa-revisada-portugues-18-04-2005.doc>.
12. Brasil. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996 [internet]. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Diário Oficial da União. 2 Ago 1996 [acesso em 2019 mar 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm.
13. Organização das Nações Unidas. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher – Pequim, 1995 [internet]. [acesso em 2019 abr 19]. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf.
14. Brasil. Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013 [internet]. Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde. Diário Oficial da União. 14 Mar 2013. [acesso em 2019 mar 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7958.htm.
15. Brasil. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 [internet]. Lei Maria da Penha. [acesso em 2019 mar 15]. Diário Oficial da União. 8 Ago 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2006/lei/11340.htm.
16. Brasil. Lei nº 13.836, de 4 de junho de 2019 [internet]. Acréscimo a Lei Maria da Penha para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Diário Oficial da União [acesso em 2019 jun 8]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13836.htm.
17. Sen A. A ideia de Justiça. São Paulo: Companhia das Letras; 2011.
18. Silva OM. A epopeia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e hoje. São Paulo: Cedas 1987.
19. Platão. A República. São Paulo: Lebook; 2019.
20. Bíblia. Evangelho de João 5.1-15. In: Bíblia. Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008. p. 204-205.
21. Diniz D. O que é deficiência. São Paulo: Brasiliense; 2007.
22. Santos BS. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. Rev. Crítica de Ciênc. Soc. 2002; 63:237-280.
23. Silva Oliveira, MD, Mendes AM. A representação do

- poder feminino no romance Rainha Ginga, de Agulosa. Cad. Seminal Digital. 2017; 23(27):1806-9142.
24. Pasinato W. "Feminicídios" e as mortes de mulheres no Brasil. In: Corrêa M, Beleli I. PAGU. Campinas: Unicamp; 2011.
25. Prates D. Acessibilidade Atitudinal. Rio de Janeiro: Gramma; 2015.
26. Brasil. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 [internet]. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União. 7 Jul 2015 [acesso em 2019 mar 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.
27. Rio de Janeiro. Apelação 0018240-96.2014.8.19.0210. Apelação da decisão judicial interposto pela Defesa. Violência doméstica. Rio de Janeiro. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro. 8 Ago 2014.
28. Cavalcanti LF, Moreira GAR, Vieira LJES, et al. Implementação da atenção em saúde às violências sexuais contra as mulheres em duas capitais brasileiras. Saúde debate. 2015; 39(107):1079-1091.
29. Terra AMEM, Matos ACH. Violência obstétrica contra a gestante com deficiência. Pensar. 2019; 24(1):1-13.
30. Brasil. Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003 [internet]. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Diário Oficial da União. 25 de Nov 2003. [acesso em 2018 mar 16]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.778.htm.
31. Lisboa. Declaração de Lisboa sobre Equidade Educativa [internet]. [acesso em 2018 jan 9]. Disponível em: <http://isec2015lisbon-pt.weebly.com/declaracao-de-lisboa-sobre-equidade-educativa.html>.
32. Silva A, Nembri AG. Ouvindo o silêncio: surdez, linguagem e educação. 4. ed. Porto Alegre: Mediação; 2018.
33. Maio IG, Gurgel MA. Violência contra a pessoa com deficiência é o avesso dos Direitos Consagrados nas Leis e na Convenção da ONU [internet]. Brasília, DF: AMPID; 2009. [acesso em 2019 abr 4]. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2018/04/Viol%C3%Aancia-contra-a-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia-%C3%A9-o-Averso-dos-Direitos-Consagrados-nas-Leis-e-na-Conven%C3%A7%C3%A3o-da-ONU.pdf>.
34. Instituto Patrícia Galvão. Dossiê Feminicídio [internet]. [acesso em 2019 jul 5]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/>.
35. Organização das Nações Unidas. Agenda 2030: Transformando Nosso Mundo para o Desenvolvimento Sustentável [internet]. [acesso em 2019 jul 8]. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/>.

Recebido em 20/08/2019
Aprovado em 20/10/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

Possíveis dilemas envolvendo a pessoa transexual requalificada e terceiros que podem ter seus registros em parte alterados

Possible dilemmas involving the requalified transgender person and third parties who may have their records partly changed

Katylene Collyer Pires de Figueiredo¹, Gabriel Eduardo Schutz²

DOI: 10.1590/0103-11042019S414

RESUMO A alteração do nome e do registro da pessoa transexual pode afetar a esfera jurídica de terceiros com os quais têm ou tiveram vínculo jurídico. Neste artigo, abordam-se os possíveis conflitos entre a pessoa transexual requalificada e terceiros que poderiam resultar em seus registros alterados, como os descendentes e ex-cônjuges. A partir de uma análise de conflitos hipotéticos, conclui-se que, embora formalmente caiba ao juiz encontrar a solução do conflito a partir de uma hermenêutica adequada, não há uma única solução. Assim, a ponderação dos princípios ocorrerá somente diante da situação concreta sub judice, não podendo o magistrado descuidar do fato de que entre suas funções está a proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE Pessoas transgênero. Registro civil. Direitos humanos.

ABSTRACT *Changing the name and civil registration of the transgender person may affect the legal sphere of third parties with whom they have or had legal ties. This article discusses the possible conflicts that may involve the requalified transgender person and third parties that could result in their altered civil records, such as descendants and former spouses. Based on an analysis of hypothetical hypotheses, it can be concluded that while it is formally up to the judge to find a conflict resolution through an appropriate measure, there is no single solution.*

KEYWORDS *Transgender person. Civil registration. Human rights.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
katylenepires@tjrj.jus.br

²Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (Iesc) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

A alteração dos registros da pessoa transexual, direito consagrado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4275 e RE 670.422)¹, pode, em alguns casos específicos, derivar em conflitos com terceiros no âmbito das relações familiares. Mais especificamente, ex-cônjuges e descendentes podem se opor a ter seus próprios registros em parte alterados como decorrência do direito à alteração registral por parte da pessoa transexual.

A possibilidade de que esse tipo de conflito resulte judicializado demandaria a busca de uma hermenêutica adequada que possibilite ao Poder Judiciário dar as sentenças mais justas para cada caso. No entanto, o confronto entre os direitos de uns e outros aparece, *a priori*, como dilema, isto é, sem uma única forma de ponderar qual dos princípios em disputa prevalece sobre o outro.

Dessa forma, o objetivo deste ensaio é analisar os possíveis conflitos envolvendo a pessoa transexual requalificada e terceiros que poderiam resultar, contra a sua vontade, com seus próprios registros alterados.

Este estudo é um recorte de uma dissertação de Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Saúde, defendida no Programa de Pós-graduação em Saúde Pública, da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz. Nesse contexto, uma pesquisa em bases de dados judiciais, desenvolvida pelos autores no período 2017-2018, revelou a inexistência, até esse momento, de sentenças prolatadas sobre este tipo de lide no Poder Judiciário brasileiro. Portanto, para atingir o objetivo proposto, optou-se por proceder à análise de três situações hipotéticas potencialmente conflitivas a partir de relações familiares básicas da pessoa transexual: i) casamento; ii) divórcio; e iii) descendência.

Em cada situação, a análise foi desenvolvida considerando os potenciais litígios jurídicos como dilemas de princípios contraditórios que devem ser ponderados por juízes e juízas, problematizando a preponderância dos direitos humanos na hora do julgamento.

Contexto jurídico da alteração de registro de pessoas transexuais

Em regra, o documento de identificação registral de toda pessoa é a certidão de nascimento, que contém os elementos básicos de sua identificação. Ela é o primeiro documento de validade jurídica de uma pessoa. Ele comprova a sua existência, idade, nacionalidade, o nome dos seus pais, além de outras informações. Sem esse registro, o indivíduo fica impedido de exercer os seus direitos civis, políticos, econômicos e sociais.

Não obstante, após o casamento civil, a pessoa natural passa a utilizar a certidão de casamento para embasar a confecção de todos os demais documentos de identificação, ou seja, para obter carteira de identidade, carteira profissional, de habilitação, passaporte etc.

Ocorre que, mesmo após o divórcio, a certidão de identificação pessoal continua a ser a certidão de casamento, agora com o divórcio averbado, da qual inclusive decorre o novo estado civil, qual seja divorciado. Assim, se a pessoa transexual deseja mudar de nome e de gênero no registro civil, terá, por consequência, que alterar também a certidão de casamento, mesmo que isso ocorra após o divórcio.

Diante disso, pode surgir um questionamento relevante. O provimento do Conselho Nacional de Justiça² dispõe que a alteração só pode ocorrer com anuência do outro cônjuge, o que acarreta que, se não houver concordância, a alteração não poderá ser efetuada de forma administrativa, cabendo à autoridade judicial decidir a questão.

No mesmo sentido, irá se analisar a situação da alteração do prenome no assento de nascimento dos filhos anteriores à readequação civil.

Assim, cabe analisar por separado três situações hipotéticas básicas.

Potenciais situações de conflito com um terceiro gerada pela requalificação de pessoa transexual

Pessoa transexual casada

Na hipótese de a pessoa transexual ser casada e, mesmo após a requalificação, continuar casada, sem conflitos em confronto, bastaria apenas averbar o novo nome e gênero na certidão de casamento original. Nessa hipótese, há a concordância do outro cônjuge como dispõe o Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça.

Antes de o ordenamento brasileiro permitir o casamento de pessoas do mesmo sexo, havia acirrada discussão acerca da possibilidade de a pessoa transexual casada realizar a cirurgia de redesignação sexual, bem como fazer a alteração do prenome e do sexo no registro civil. Atualmente, essa discussão encontra-se ultrapassada na medida em que, após a Emenda Constitucional nº 66³, é possível a dissolução do casamento pelo divórcio sem qualquer requisito prévio, assim como não há impedimento para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A referida conclusão decorre das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal⁴, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) nº 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que deram interpretação conforme a Constituição Federal³ para excluir qualquer significado do art. 1.723, do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça⁵ (Resolução nº 175) regulamentou o tema no que tange ao procedimento de habilitação de casamento nos cartórios, de modo a não permitir que a habilitação fosse negada em razão da identidade de sexo entre os requerentes.

No julgado acima referido, foram considerados diversos princípios constitucionais de Direitos Humanos, em especial, a própria

dignidade da pessoa humana, intimidade e liberdade. Também foi mencionado o direito à felicidade como decorrente dos demais postulados.

Naquele julgado, a Corte Constitucional Brasileira⁶ atuou no seu papel contramajoritário de garantir direitos individuais a despeito das normas constitucionais amplas que buscavam a proteção constitucional da família.

Assim, atualmente, no Brasil, são permitidos o casamento e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Apesar da ausência legislativa, talvez a expressar a vontade da maioria, ainda que formal da população, tal direito foi consagrado pela Corte Suprema e tem sido aplicado de forma plena, sem qualquer impedimento ou obstáculo.

Pessoa transexual divorciada

Considerando que, uma vez que uma pessoa transexual divorciada decida mudar de nome e de gênero no registro civil, terá que, consequentemente, alterar também a certidão de casamento, mesmo que isso ocorra após o divórcio.

Basicamente, vislumbra-se a defesa no sentido da recusa à alteração com base em dois fundamentos principais: Verdade Real e Liberdade Religiosa.

Ao argumentar acerca da Verdade Real, consigna-se que, na época do casamento, a pessoa não exercia e/ou não expressava sua transexualidade. Apagar a referida informação pode causar transtornos de diversas ordens, inclusive para o ex-cônjuge que terá seu registro em parte alterado.

Não obstante, o Princípio da Verdade Real não é absoluto, uma vez que pode ser mitigado nas hipóteses previstas em lei.

O Princípio da Liberdade Religiosa, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal⁶, preconiza que todos podem praticar a religião que melhor lhes aprouver ou não praticar nenhuma. Cabe inicialmente destacar que a liberdade é um conceito vasto e, juridicamente, abarca as liberdades específicas consagradas na Constituição, de modo a conferir maior efetividade a seus conceitos.

A liberdade religiosa não é simplesmente a liberdade de culto ou a de acreditar em determinada conduta, embora estas sejam partes essenciais da liberdade religiosa. Também não se aplica apenas a pessoas religiosas. Na sua essência, a liberdade religiosa é o direito humano de pensar, agir e expressar o que se acredita profundamente, de acordo com os ditames da própria consciência moral. Na realidade, a liberdade religiosa foi sempre compreendida em associação com a 'liberdade de consciência' – a liberdade de desenvolver e manter convicções morais e de agir em conformidade com elas. Desse modo, embora a liberdade religiosa abranja a liberdade da crença religiosa e da devoção, também se estende muito para além destas, incorporando a liberdade de agir – para falar livremente em público, para viver de acordo com próprios princípios morais e defender a própria visão moral para a sociedade⁷.

A partir disso, poderíamos imaginar a situação da pessoa que pratica determinada religião que não aceita a homossexualidade⁸ ou esta não é aceita por parte de seus membros⁹.

Aqui se fala em homossexualidade, uma vez que, na certidão alterada após a requalificação da pessoa transexual, constará que o ex-cônjuge foi casado com pessoa do mesmo sexo. Isto porque, em um casamento heterossexual, caso haja a mudança de sexo por parte de qualquer um deles, passará a constar o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, talvez esse fato seja incômodo para o cônjuge que professe uma religião que veja a homossexualidade como infringência aos desígnios divinos nos quais a pessoa acredita.

Nessa seara, entra a exigência constitucional da proibição do proselitismo religioso, entendido doutrinariamente como manifestação de dogmatismo ou sectarismo tendente à discriminação social dos credos religiosos não prevalentes culturalmente. Certamente, a Constituição permite a expressão de convicções religiosas, mas não ao ponto de promover a arregimentação manipulatória com o intuito, muitas vezes, de obter poder político¹⁰.

É necessário um olhar atento para os argumentos de exclusão de minorias sob o fundamento da liberdade religiosa na medida em que essa liberdade encontra limites no direito do outro, em especial, dos mais vulneráveis. Não se pode admitir que, no Brasil, país constitucionalmente laico, a religião expressa e declarada de parte dos parlamentares possa impor, na forma de exclusão e segregação, sua forma de pensar a vida e o direito sob o enfoque religioso fundamentalista.

Destaca-se, assim, que há o direito de a pessoa transexual efetuar a alteração registral, uma vez que a identidade de gênero desta está diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana¹¹, o qual o inclui como consignado na Carta de Princípios de Yogyakarta¹².

Como já visto, a dignidade da pessoa humana engloba o direito à liberdade e à intimidade, decorrendo deste o direito ao exercício da própria sexualidade de modo que melhor lhe aprouver. Tal argumento foi usado nos julgamentos que permitiram o casamento entre casais homoafetivos e também no julgamento acerca da alteração do nome e gênero por parte das pessoas transexuais.

Não obstante, a dignidade da pessoa humana é garantida a todos, e como já mencionado, dela decorre o direito de liberdade de exercer a sexualidade e a identidade de gênero da maneira que melhor lhe agrada. Assim, do mesmo modo que a pessoa transexual tem o direito de alterar seu registro para modificar o nome e o gênero, será que o ex-cônjuge não teria também o direito de mantê-lo original, de modo a preservar a informação no sentido de que, à época do casamento, o fenômeno da transexualidade não havia se manifestado? Como compatibilizar esses dois aspectos da dignidade no caso concreto?

Nesse contexto, também está compreendida a liberdade de pensamento, entendida como o plano íntimo da construção da consciência individual daqueles que, por serem heterossexuais convictos, não desejam, por questões de suas próprias intimidades, que constem que foram casados com pessoa do mesmo sexo¹⁰.

Necessária será nesses casos uma ponderação dos princípios Constitucionais envolvidos no caso concreto. A técnica da ponderação é utilizada nos chamados *hard cases*, em que as regras tradicionais de soluções de conflitos entre normas não se aplicam. Cabe ao julgador analisar a questão e aplicar a solução que menos restrinja os direitos de ambas as partes, a fim de tentar equalizá-los, na medida do possível, sem que nenhum direito seja totalmente excluído.

Nesse passo, o juiz torna-se um importante participante do processo de elaboração do Direito ao lado do legislador, fazendo valorações próprias, atribuindo sentido a cláusulas abertas e realizando escolhas. Como aduz Barroso¹³, a legitimação das decisões se dá com base na teoria da argumentação, voltada à demonstração racional.

Talvez, então, fosse possível que, por determinação judicial, ou de *lege ferenda*, fossem expedidas duas vias da certidão de casamento com a averbação do divórcio, na qual em uma delas constasse a alteração do gênero da pessoa transexual, e na outra, não. Ou mesmo que constasse a alteração sem o devido sigilo, no caso concreto, de modo a demonstrar que, na época do casamento, a pessoa transexual ainda se apresentava como pertencente ao gênero de nascimento ou biológico, ou mesmo que a pessoa transexual fizesse a alteração somente no registro de nascimento e pudesse, a despeito do casamento e divórcio posterior, continuar a usar a sua respectiva certidão de casamento devidamente alterada, preservando-se assim o sigilo da alteração ocorrida.

Consigna-se, por fim, que a solução encontrada tem que observar os direitos humanos da pessoa transexual, os quais visam proteger as minorias vulneráveis. Assim, por outros motivos, a pessoa transexual jamais pode, no caso concreto, ver-se impedida de exercer seu próprio direito da personalidade de alterar seu prenome e gênero.

Descendentes da pessoa transexual

No que tange aos descendentes da pessoa transexual, há que se separar algumas situações distintas. A primeira delas diz respeito aos filhos nascidos ou adquiridos após a alteração do registro da pessoa transexual, ou seja, aqueles que nasceram depois da alteração, logo, seus registros não serão modificados. A outra hipótese são os descendentes que já existiam antes da alteração registral da pessoa transexual e após a alteração de gênero, que podem ter seus registros em parte alterados ou não.

Nesse aspecto, cabe trazer à baila a diferença entre ‘filhos memória’ e ‘filhos projeto’, centrada na percepção de diferentes temporalidades da parentalidade¹⁴. Os primeiros seriam a materialização da lembrança de que as mulheres transexuais já foram homens ou vice-versa. Desse modo, as relações com os ‘filhos memória’ são marcadas pelas tensões da nova construção identitária desses sujeitos, as quais podem acarretar, inclusive, ruptura das relações parentais. Já os ‘filhos projeto’ estão sujeitos a um investimento diferenciado, porque conjugam o desejo de filhos com a consolidação da identidade de gênero atual.

Descendentes nascidos após a requalificação civil da pessoa transexual

O direito de ter uma família e filhos abarca todas as pessoas e não pode ser restringido indevidamente por parte do Estado. Assim, uma pessoa transexual pode formar sua família da forma que melhor lhe aprouver.

Nesse sentido, de acordo com a Dra. Patricia Sanches¹⁵, a identidade de gênero, advinda do desenvolvimento da própria personalidade está ao abrigo do Direito da Personalidade *in persona ipsa*, quer dizer, um direito sobre a própria pessoa que se relaciona com terceiras partes como direito potestativo. Desta maneira, não estando sujeito a regras predeterminadas ou limitações, cabe ao Estado e à sociedade, apenas, dar o devido respeito.

Nesse passo, não existem regras no Brasil que previnam ou proíbam o direito à reprodução para qualquer pessoa, incluindo as pessoas transexuais. Essas podem, se assim desejarem, recorrerem à reprodução assistida para concluir o seu projeto de filiação, tanto um homem transexual pode gerar um filho em seu útero, quanto uma mulher transexual pode utilizar seus espermatozoides para fecundar sua esposa ou qualquer outra forma que a evolução da medicina ou da tecnologia possa permitir.

Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶ (ECA) admite a adoção por qualquer pessoa ou casal, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero. No processo de adoção precedido normalmente de um processo de habilitação, serão verificadas a idoneidade do casal pretendente e as condições gerais, mas a questão da identidade de gênero ou mesmo a orientação sexual não pode ser considerada fator impeditivo¹⁷.

Assim, uma pessoa transexual pode ter filhos recorrendo aos métodos de reprodução assistida, à adoção ou mesmo pela da reprodução humana natural, na hipótese da mulher transexual não operada ter relações com um homem transexual que não passou pela ablação dos órgãos internos, com o intuito de procriação.

Esses filhos, sejam de que origem for, lembrando que a Constituição³ veda qualquer discriminação entre os filhos, terão todos os direitos decorrentes da filiação e serão registrados já com o nome dos seus pais devidamente alterados.

Em relação aos ‘filhos projeto’, como denominou Elizabeth, não vai haver o conflito no que tange à alteração registral, uma vez que anterior ao nascimento, logo, nenhuma outra alteração será necessária com relação a esses descendentes. Nesse passo, consigna-se que, atualmente, nas certidões de registro civil, consta apenas o campo filiação, não havendo qualquer referência a pai e mãe, de modo que não há que se identificar ou questionar qual dos genitores exercerá que papel social na vida

da prole; tais questões serão delimitadas ou não ao longo do relacionamento e da convivência dos pais e dos seus filhos. Recomenda-se que a questão seja tratada com naturalidade e sem mentiras, uma vez que todos os seres humanos têm direito a conhecer a própria história, como já foi estabelecido nos casos de adoção, nos quais, inicialmente, questionava-se a necessidade de informar a criança sobre sua origem biológica; e atualmente é um direito que pode ser juridicamente exercido aos 18 anos, mas deve ser informado logo que a criança tenha maturidade emocional para entender.

Descendentes nascidos antes da requalificação civil da pessoa transexual

DESCENDENTES PLENAMENTE CAPAZES

Conforme determina o Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça², a alteração no registro destes dependerá de sua anuência; e, caso não haja a anuência, a questão deverá ser debatida na esfera judicial.

Diferentemente da hipótese do ex-cônjuge, a oposição do descendente não afeta diretamente o direito de alteração do nome e gênero da própria pessoa transexual. Assim, esta pode requerer no cartório de registro civil a alteração de seu nome, de seu gênero e obter uma nova certidão de nascimento com a devida alteração.

No entanto, para averbar seu nome novo na certidão do descendente maior de idade, precisará de sua anuência.

Em sede judicial, em tese, poderia o descendente ser contra a alteração por diversos motivos. Entre eles, a liberdade religiosa, na medida em que, talvez, tivesse dificuldade de aceitação da nova situação de um de seus genitores. Por isso, pode-se questionar se tal atitude é discriminatória ou se está contida no direito à intimidade, de não revelar a todos sua própria história que inclui um pai ou uma mãe transexual? A alteração na certidão de nascimento do descendente teria a consequência

de alterar todos os demais documentos de identificação, como identidade, carteira de motorista, passaporte, entre outros. Assim, após a alteração, ficaria constando que essa pessoa é filha de dois pais ou de duas mães, conforme o caso. Certo é que a realidade retratada no registro após a requalificação é a que existe no momento atual, porém, durante toda infância, e talvez por longo tempo da vida adulta, tenha convivido com um pai e uma mãe de sexos opostos, e essa nova realidade não seja de fácil aceitação, dependendo da forma de criação e do modo dessa pessoa ver o mundo.

Pode-se afirmar que, psicologicamente, as figuras materna e paterna se constroem na infância; e os papéis de gênero sejam definidos na psique do indivíduo nessa fase da vida, ocasionando que a alteração desses papéis na vida adulta seja complicada, demandando, talvez, um trabalho de equipe multidisciplinar.

Nesse ponto específico, como não há mais que se falar em poder familiar, já que esse se extingue com a maioridade, a oposição no que tange à alteração registral por parte do descendente maior de idade não afetaria o direito da personalidade da pessoa transexual, uma vez que esta já fizera sua alteração registral nos próprios documentos sem qualquer impedimento.

Quanto ao fato de, em tese, poder deixar de ser pai de seu próprio filho na vida adulta, apesar de ter sido pai ou mãe durante a infância, é difícil imaginar uma solução jurídica, na medida em que os direitos de personalidade de ambos estariam em aparente conflito. Por um lado, o direito do filho maior e capaz de não ver alterado seu registro de nascimento, e do outro, o direito da pessoa transexual redesignada de fazer constar seu novo nome no documento de seu filho adulto.

Certo é que pessoas adultas, na prática, podem romper os vínculos familiares pelos mais diversos motivos ou desentendimentos, não tendo a lei ou o juiz o poder de impedir o afastamento. Não é por uma eventual ordem judicial que determine a alteração que esses laços não irão se romper.

Desse modo, é difícil admitir a alteração do

nome e do gênero no assento civil dos descendentes maiores e capazes das pessoas transexuais. É certo que tal oposição não afetará o direito de a pessoa transexual alterar seu próprio registro e de exercer com plenitude sua própria personalidade, independentemente da aceitação do outro, ao qual cabe apenas o direito/dever de respeito.

Consigna-se, por fim, a situação jurídica do filho que não permitiu a alteração do nome do seu genitor transexual em seus registros. É possível questionar se, em caso de falecimento desse genitor, poderia ele ser herdeiro legítimo.

Juridicamente, provando o descendente que o genitor é a mesma pessoa, o direito de herança está garantido. Todavia, há de se investigar se não terá ocorrido no caso concreto uma das hipóteses de indignidade previstas na lei, já que esse filho não aceitou durante a vida o modo de ser e de buscar a felicidade de seu genitor, mas, após o falecimento, pretende a herança deste.

A indignidade constitui pena civil que priva do direito de herança não só os herdeiros, mas também os legatários que cometeram os atos criminosos ou reprováveis contra o autor da herança, ou seja, a lei, ao conceder o afastamento do herdeiro indigno, faz um juízo de reprovação, tendo em vista a gravidade do ato.

Todavia, apesar de eventual questionamento ético acerca da legitimidade moral do descendente que rejeitou em vida o ascendente transexual, o direito de herança é garantido constitucionalmente e só pode ser suprimido nas hipóteses taxativamente previstas em lei. Assim, provada a ascendência, presente estará o direito hereditário.

DESCENDENTES MENORES

A alteração no registro dos descendentes menores dependerá, para ser feita em cartório, da anuência do outro genitor. Caso este concorde, a alteração poderá ser realizada na via judicial.

Em caso de oposição, a questão a ser debatida judicialmente envolverá o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do

Adolescente¹⁸, consagrado na Constituição³ e no próprio ECA¹⁶.

A pessoa transexual requalificada não perde o poder familiar em relação aos filhos menores, já que a extinção desse poder/dever só ocorre nas estritas hipóteses previstas na lei. Assim, poderá pleitear os direitos e deveres daí decorrentes, já que a condição de pessoa transexual não lhe retira o poder familiar.

Não obstante, pontua Camila Gonçalves¹⁹⁽²⁷⁰⁾:

Nessa quadra, em que pese a ausência de efeitos imediatos provocados pela identidade de gênero nas relações entre pais e filhos, a doutrina reconhece a possibilidade de advirem restrições ao poder familiar do transexual, sempre à luz do melhor interesse da criança, na hipótese de ficar demonstrado que o convívio possa prejudicar o desenvolvimento infantil.

Frisa-se, neste ponto, que o poder familiar é o conjunto de deveres e direitos dos pais em relação aos filhos menores.

As atribuições naturais, inerentes a ambos os pais, independentemente da relação conjugal, são as de criar, educar, proteger, cuidar, colocar limites, enfim, dar-lhes o suporte necessário para sua formação moral e psíquica para que adquiram responsabilidade e autonomia (arts. 1630-1633 do Código Civil)²⁰.

Em regra, esse poder/dever é exercido por ambos os genitores; e, em caso de conflito, a questão deve ser levada a juízo. Assim, se, por exemplo, um dos genitores conceder autorização para casar antes da maioridade e ou outro genitor negar, o juiz em atenção ao princípio do melhor interesse do menor analisará se concederá ou não, no caso concreto, autorização para casamento suprindo a autorização negada por parte do genitor discordante.

Decorre do poder familiar, também, o direito de convivência entre pais e filhos. Certo é que a não alteração do nome e do gênero do genitor transexual no registro do filho não impede, *a priori*, o exercício do poder familiar, mas pode dificultar, já que com o próprio registro

alterado e o do filho não alterado haverá divergência entre o documento da pessoa transexual e o de seu descendente, de modo que em caso de eventual necessidade de demonstrar a qualidade de genitor, essa seria difícil. Imagina-se a hipótese da pessoa transexual que deseja viajar dentro do País com seu filho. Dispõe o art. 83 do ECA¹⁶ que a criança pode viajar dentro do território nacional com qualquer um de seus genitores, assim, teria a pessoa transexual requalificada que demonstrar, no caso concreto, sua qualidade de genitor.

O antes citado Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente é a base fundamental de toda decisão que envolve criança e adolescente. Este princípio preconiza que, diante do caso concreto, o julgador verifique a situação que, de forma mais completa, proteja os interesses do menor envolvido. Assim, em um processo de guarda, por exemplo, não analisa o julgador se o deferimento da guarda do menor atende aos interesses da mãe ou do pai, mas, sim, do menor. Inclusive, em atendimento ao princípio suprarreferido, é até possível que, em uma situação específica, a guarda seja deferida a um terceiro que revele melhores condições de criar e educar o menor e com ele tenha relações de afinidade e afetividade.

Assim é que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, que adotou a doutrina da proteção integral, reconhecendo direitos fundamentais para proteção da criança e do adolescente, fixou como paradigma o princípio do melhor interesse¹⁷.

A questão da alteração do nome da pessoa transexual no registro de seus filhos menores dependerá de diversos fatores no caso específico. O viés de proteção volta-se para o menor e para a análise da situação deste; e, diante da existência de um genitor transexual, cuja relação poderá ser marcada por tensões, o julgador deverá buscar apoio nas equipes multidisciplinares que atuam nas varas de família para embasar sua decisão. A realidade posta não pode ser omitida da criança, mas talvez só os técnicos especializados possam auxiliar no momento que essa verdade for revelada, se for o caso.

Em decorrência da vulnerabilidade da criança, dependendo da idade e do estágio de desenvolvimento que atravessa, é de suma importância o auxílio profissional de um psicólogo ou de assistente social²¹.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, os juízes com competência de família têm apoio técnico especializado para auxiliar no deslinde das questões complexas envolvendo as relações familiares. Essas equipes são formadas por psicólogos, assistentes sociais e comissários de infância e juventude, os quais estão em frequente atualização. O apoio da equipe e a possibilidade de adoção de formas consensuais de resolução de conflito podem ser muito úteis, como, por exemplo, a constelação familiar já aplicada em muitos casos de conflito familiar intenso.

Há de se atentar para o fato de que, em regra, as crianças não têm preconceitos próprios, mas, sim, absorvidos da sociedade e, mais especificamente, dos genitores. Caberá um olhar atento na medida em que o genitor cisgênero detentor da guarda exclusiva possa estar abordando de forma negativa a questão da transexualidade, e, por tal motivo, possa o menor estar rejeitando o outro genitor. Inclusive, esse comportamento pode configurar ato de alienação parental, sujeito as consequências próprias da lei.

Nesse sentido, cabe trazer à colação as palavras de Tereza Rodrigues Vieira^{22(185,186)}:

Destaque-se aqui, que o genitor cisgênero não deve reproduzir o preconceito internalizado pela sociedade, pois a diversidade sexual deve ser vista com naturalidade, uma vez que não é considerada doença. Já houve bastante progresso na jurisprudência no tocante ao respeito à diversidade sexual, além disso os pais devem educar seus filhos para a diversidade, respeito ao diferente e inclusão social. Os pais cisgênero devem evitar alienação parental em decorrência da transexualidade do outro cônjuge, assédio moral e ataque a autoestima, pois isto poderá causar danos e efeitos negativos no bem-estar do próprio

filho, transformando-o em sujeito transfóbico e intolerante às minorias sexuais

[...]

É essencial que a veracidade sobre a filiação seja representada na documentação do filho, caso contrário sujeitará o genitor ao não exercício do pleno poder familiar ou impedirá o cumprimento de obrigações, com base no hipotético erro de filiação. O convívio com o filho é de suma importância para aquele que adequou sua documentação.

Assim, uma campanha de desmoralização feita pelo genitor cisgênero pode caracterizar ato de alienação parental²³. Nesses casos, o filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor. Normalmente, ocorre nos casos em que um dos genitores não consegue elaborar bem o luto da separação, com isso, a criança é levada a se afastar do outro genitor²⁴. Assim, deve o julgador ter extrema atenção, uma vez que a alienação parental é muito prejudicial ao menor e sujeita o genitor alienante a diversas sanções legais, que vão desde a advertência até a perda da guarda.

Discussão

O tema da transexualidade, como quaisquer outras manifestações que destoam da heteronormatividade, desperta muitas dúvidas e questionamentos.

O próprio conceito de pessoa transexual não é uniforme, nem único, isto porque as pessoas transexuais são, em primeiro lugar, seres humanos, os quais manifestam a sua maneira de ser de forma única e livre de qualquer conceito prévio. São cidadãos que se manifestam e se percebem com a identidade de gênero diferente do esperado. Não se pode negar que, em regra, as pessoas com os órgãos genitais de mulher se identificam com o gênero feminino e os indivíduos que nascem com as características de homem se identificam com o gênero masculino. Isto é

o que ocorre na maioria dos casos, o que caracteriza tais pessoas como cisgênero. Com as pessoas transexuais ocorre o inverso, ou seja, são expressão de uma minoria, que, todavia, não pode ser invisibilizada pela imposição da cultura dominante.

Os direitos dessa parcela da população devem ser protegidos e garantidos, especialmente porque decorrem dos próprios direitos humanos garantidos nos documentos internacionais e na própria Constituição Federal. Para tanto, fez-se necessária, ao longo do tempo, a especificação desses direitos inerentes a todos os seres humanos, os quais nascem gerais e aos poucos vão se detalhando de forma a proteger com maior eficácia e efetividade o direito dos mais vulneráveis.

Demorou um pouco, mas atualmente é indene de dúvidas que esses direitos devem ser objeto de proteção por parte de todas as demais pessoas e, principalmente, por parte do Poder Judiciário.

A fim de regulamentar o procedimento nos Cartórios, a Corregedoria Nacional de Justiça editou a Resolução nº 73, que padronizou o procedimento no País. É válida e necessária a uniformização na regulamentação do assunto, porém tal resolução não é isenta de críticas.

Não obstante, a alteração do nome e do gênero das pessoas transexuais pode interferir, de modo a alterar a esfera jurídica de terceiros com os quais estes se relacionaram antes da alteração.

Nesse aspecto, o princípio da autonomia deve ser visto com especial atenção, na medida em que este preconiza que todos devem ser livres e iguais na determinação de suas próprias vidas, desde que não exerçam esse direito a fim de negar os direitos dos outros.

No âmbito familiar, essas relações podem ser marcadas por tensões, e as demandas de retificação no registro de terceiros certamente serão levadas ao judiciário.

Muitas vezes poderá se verificar diversos direitos em aparente colisão, tais como dignidade da pessoa humana em conflito com a liberdade religiosa ou com o melhor interesse da criança, entre outros.

Todavia, a liberdade religiosa não pode ser exercida de tal forma que uma minoria seja intencionalmente excluída e reprimida. A assertiva acima é notadamente verdadeira em momentos como o atual, quando grupos religiosos se organizam de tal forma simbólica e discursiva, de modo a exercer, além de poder no âmbito religioso, o próprio poder político, para impor ao restante da população que não pratica a sua fé seus ideais e conceitos religiosos.

Considerações finais

As relações familiares das pessoas transexuais são, antes de tudo, relações entre pessoas, e as tensões porventura existentes devem ser trabalhadas no local próprio.

A pessoa que foi casada e agora um dos ex-cônjuges se apresenta de outro gênero não pode negar esse fato, ele existe. O direito ao sigilo buscado pelas pessoas transexuais em nome do direito à intimidade deve ser sopeado com a realidade.

Negar fatos não diminui preconceitos, porém, certo é que alguns fatos só têm relevância para as pessoas envolvidas, não sendo possível a publicidade ampla acerca da mudança de gênero.

No que tange aos filhos nascidos antes da alteração, a mudança de gênero de um dos genitores pode ser traumática ou não, a depender dos valores interiorizados pela pessoa ao longo de sua vida e da construção social dos papéis de gênero exercido por cada um dos genitores ao longo da vida dessa pessoa.

O mundo ideal é um local no qual cada um possa ser o que é, e possa exercer seu modo de buscar a felicidade, sem ser questionado por fugir do padrão majoritário.

No dia em que nossas crianças forem criadas para inclusão, tais questionamentos não mais farão sentido; e, talvez, este trabalho pareça um registro histórico, de uma época na qual a aceitação das pessoas como elas desejavam ser era extremamente difícil.

Enfim, o mundo sem preconceitos negativos

é ainda uma utopia, mas a busca por tal ideal deve tornar a viagem da vida muito mais interessante.

Salienta-se que ser juiz é estar atento a todas essas questões que acompanham a humanidade e decidir sempre com os olhos voltados para a proteção da dignidade humana, valor supremo e insuperável. Em suma, cabe ao juiz, diante do caso concreto, encontrar, a partir de uma hermenêutica adequada, qual a solução do conflito capaz de amenizar a dor, superar o sofrimento e restaurar a paz.

Desse modo, a análise dos processos envolvendo possíveis conflitos de interesses entre a pessoa transexual e terceiros que venham a ter seus registros em parte alterados deverá observar o princípio da dignidade da pessoa humana dos envolvidos, em especial, da parte

mais vulnerável. Não há uma única solução, a ponderação dos princípios ocorrerá somente diante da situação concreta sub judice, não podendo o magistrado descurar do fato de que, entre suas funções, está a proteção dos direitos humanos.

Colaboradores

Figueiredo KCP (0000-0003-1967-2395)* contribuiu substancialmente para a elaboração do rascunho; para a concepção, o planejamento e para a análise dos dados. Schutz GE (0000-0002-1980-8558)* contribuiu significativamente para a revisão crítica do conteúdo e participou da aprovação da versão final do manuscrito. ■

Referências

1. Supremo Tribunal Federal. STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo [internet]. Supremo Tribunal Federal. 2018 mar 1. [acesso em 2018 mar 15]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>.
2. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018 [internet]. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). [acesso em 2019 dez 4]. Disponível em: <http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/provimento-n-73-do-cnj-regulamenta-a-alteracao-de-nome-e-sexo-no-registro-civil.html>.
3. Brasil. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010 [internet]. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Diário Oficial da União. 14 Jul

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

2010. [acesso em 2019 fev 19]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm.
4. Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. Supremo Tribunal Federal. 2011 maio 5. [acesso em 2019 fev 1]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>.
 5. Brasil. Resolução nº 175 de 14 de Maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo [internet]. Diário Oficial da União. 15 maio 2013. [acesso em 2019 fev 1]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>.
 6. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [internet]. Brasília, DF: Presidência da República. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
 7. Silva JA. Curso de Direito Constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2004. Revista e Atualizada.
 8. A Igreja de Jesus Cristo dos Últimos dias [internet]. Notícias Igreja de Jesus Cristo dos últimos dias. 2012 jan [acesso em 2019 dez 4]. Disponível em: <https://www.churchofjesuschrist.org/study/iahona/2012/01/youth/to-the-point/what-is-the-churchs-position-on-homosexuality-is-it-ok-to-be-friends-with-people-who-have-homosexual-feelings?lang=por>.
 9. Bresciani E. Em ato contra gays, Silas Malafaia diz que união homoafetiva é crime [internet]. O Estado de São Paulo. 2013 jun 5 [acesso em 2019 fev 19]. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-ato-contra-gays-silas-malafaia-diz-que-uniao-homoafetiva-e-crime,1039203>.
 10. Pires TIT. Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político. Rev. Info. Legislativa [internet]. 2012 [acesso em 2019 fev 21]; 49(195):53-63. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496597/000966846.pdf?sequence=1>.
 11. Barroso LR. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação (versão provisória para debate) [internet]. [acesso em 2018 mar 15]. Disponível em http://luisroberto-barroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.
 12. Corrêa SO, Muntarbhorn V, Organizadores. Princípios de Yogyakarta [internet]. [acesso em 2019 fev 21]. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf.
 13. Barroso LR. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar; 2005. Tomo III
 14. Zambrano E. Parentalidades “impensáveis”: Pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. Horizontes Antrop. 2006; 12(26):123-147.
 15. Sanches P. Famílias Trans no Brasil: O paradoxo da evolução de Direitos e a epidemia transfóbica. Revista IBDFAM: Família e Sucessões. 2017; 22:159-167.
 16. Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências [internet]. Diário Oficial da União. 14 Jul 1990 [acesso em 2019 fev 21]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.
 17. Maciel KRFLA, Carneiro RMXG, Amin AR. Curso de direito da criança e do adolescente - aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva; 2014.
 18. Pereira TS. O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática. In: Pereira RC, coordenador. Direito de Família: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey; 2000.
 19. Gonçalves CJM. Transexualidade e Direitos Humanos – O reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade. Curitiba: Juruá; 2014.

20. Brasil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 [internet]. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. 11 Jan 2002. [acesso em 2019 fev 1]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.
21. Vieira TR. Nome e sexo: Mudanças no registro civil. São Paulo: Atlas; 2012.
22. Vieira TR. Transgêneros: Questões bioéticas e jurídicas ainda polêmicas após o reconhecimento pelo STF do Direito à adequação do nome e gênero. In: Pereira RC. Família e Sucessões. Polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM; 2018.
23. Brasil. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 [internet]. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União. 26 Ago 2010. [acesso em 2019 fev 19]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm.
24. Dias MB. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2013.

Recebido em 23/08/2019
Aprovado em 5/11/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

O tratamento da pornografia de vingança pelo ordenamento jurídico brasileiro

The treatment of revenge pornography by the Brazilian legal system

Renata de Lima Machado Rocha¹, Roberta Duboc Pedrinha², Maria Helena Barros de Oliveira³

DOI: 10.1590/0103-11042019S415

RESUMO Este artigo aborda o tratamento jurídico dado pelo ordenamento brasileiro à pornografia de vingança, observando tratar-se de fenômeno que tem aumentado estatisticamente a partir dos avanços tecnológicos e das transformações nos relacionamentos sociais nos últimos tempos. A temática tem sua origem nas diferenças culturalmente fincadas acerca dos gêneros diante da estrutura social patriarcal. No âmbito do direito civil, abordam-se os danos sofridos pelas vítimas e as formas de indenização previstas. Em especial, analisa-se a pertinência no reconhecimento ao denominado dano existencial ou dano ao projeto de vida, tendo em vista a gravidade das consequências que, em regra, acometem as vítimas. No âmbito do direito penal, enfatizam-se alterações legislativas recentes que introduziram tipos penais específicos nos quais se insere a vingança pornográfica. Não se perde de vista, contudo, que o direito é insuficiente para a solução ou para a melhoria da problemática abordada, na medida em que se faz necessária a adoção de políticas públicas preventivas, bem como que permitam a inserção da mulher na sociedade, em condição de efetiva paridade, para desconstruir a cultura patriarcal, a partir da educação de gênero, e de outras medidas, de viés interdisciplinar, com outros ramos do conhecimento.

PALAVRAS-CHAVE Literatura erótica. Delitos sexuais. Identidade de gênero. Sexualidade.

ABSTRACT *This article addresses the legal treatment given by the Brazilian legal system to revenge pornography, observing that it is a phenomenon that has increased statistically due to the technological advances and transformations in social relationships in recent times. The theme has its origin in the culturally entrenched differences about gender, in view of the patriarchal social structure. In the field of civil law, the damage suffered by the victims and the forms of compensation provided for are addressed. In particular, the pertinence in the recognition to the denominated existential damage or damage to the life project is analyzed, considering the seriousness of the consequences that, as a rule, affect the victims. In criminal law, recent legislative changes have been emphasized that have introduced specific criminal types into which pornographic revenge falls. However, one should not lose sight of the fact that Law is insufficient to solve or improve the problem addressed, as it is necessary to adopt preventive public policies, as well as allowing the insertion of women in society, under the condition of effective parity, in order to deconstruct the patriarchal culture, based on gender education, and other measures of interdisciplinary bias, with other branches of knowledge.*

KEYWORDS *Erotica. Sex offenses. Gender. Sexuality.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
renatarlm4@outlook.com

²Universidade Federal Fluminense (UFF) – Niterói (RJ), Brasil.

³Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Noções introdutórias

Fomentado pelo avanço tecnológico e por laços sociais cada vez mais enfraquecidos, diariamente, aumenta o número de nudes, *sexting* e pornografia de revanche. O nude é a troca de imagens contendo nudez. O *sexting* ocorre diante da permuta de mensagens textuais ou de imagem ou áudios de conteúdos eróticos entre parceiros íntimos. A pornografia de vingança é espécie do gênero exposição pornográfica não consentida, devendo investigar-se, para sua configuração, a motivação que leva à divulgação não autorizada¹.

Haverá o contexto de revanche ou vingança se a intenção na disseminação do material, sem o consentimento do parceiro, for a exposição da vítima, sujeitando-a a linchamento moral, causando-lhe reveses sociais e emocionais, por meio da rápida viralização do conteúdo².

Em regra, as consequências daí advindas são graves, não somente para as mulheres, mas também para seu círculo de afetos. Geram sofrimento emocional, diminuição da autoestima, prejuízo ao pleno desenvolvimento, angústia, medo, tristeza, raiva, ansiedade, estresse, dores de cabeça e de estômago, distúrbios do sono e do apetite, humilhação e culpa. Ademais, quando não impele suas vítimas a mudanças acentuadas em sua rotina, pode chegar às raias do suicídio³.

O conceito de saúde proposto pela Organização Mundial da Saúde, muito embora tenha sofrido severas críticas ao longo do tempo, adequa-se aos fins do presente trabalho: “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a ausência de doenças ou enfermidades”⁴⁽⁵⁷⁾.

Nesse sentido, a pornografia de vingança, mais do que ofender a intimidade, honra e vida privada das mulheres, afronta a própria saúde, considerada na esfera biopsicossocial individual⁵, com intensa afronta aos direitos humanos da vítima.

Pesquisa do Cyber Civil Rights Initiative do Department of Psychology da Florida International University, que administra o

site EndRevengePorn.org (<https://www.cybercivilrights.org>), em 2017, com 3.044 participantes nos Estados Unidos, revela que, entre as pessoas que sofreram divulgação ou ameaça de divulgação de material íntimo, é maior o número de mulheres (15,8%) do que de homens (9,3%).

A Organização Não Governamental (ONG) Safernet (<https://helpline.org.br/indicadores/>), que auxilia vítimas e monitora violações dos direitos humanos na internet, juntamente com a Polícia Federal e com o Ministério Público Federal, aponta que, em 2018, a maior quantidade de pedidos de ajuda se relacionou à exposição não consentida de imagens íntimas (n=669).

Desse total (n=669), 440 eram de mulheres, enquanto 229 eram de homens; no ano de 2017, o total de atendimentos acerca do tema foi de 289, sendo 204 provenientes de mulheres e 85 oriundos de homens. Em 2016, do total de solicitações (n=300), 202 eram de mulheres, sendo 98 de homens.

Essas estatísticas sugerem que a exposição não consentida de material íntimo e, em consequência, a pornografia de revanche se conectam intimamente com as diferenças de gênero presentes na sociedade.

Gênero é conceito das ciências sociais e se vincula à construção social do masculino e do feminino: enquanto a palavra sexo designa a anatomia e a fisiologia dos seres e da atividade sexual, a concepção de gênero relaciona-se com o aspecto social⁶.

As complexidades do gênero ligam-se intimamente às da sexualidade, que, segundo Foucault⁶, é instrumento elaborado social e historicamente, a partir de múltiplos discursos sobre sexo, que se refletem nos corpos, comportamentos, relações sociais, e não relações de poder.

A sexualidade, e em especial a da mulher, vem sendo utilizada como forma de controle social ao longo de todo o curso da história.

A noção de controle social está associada aos conceitos de poder e de dominação política, constituída por mecanismos que disciplinam uma sociedade e que submetem seus indivíduos a padrões e a princípios. Pode ser formal, exercido

pelo Estado, ou informal, realizado pelos grupos sociais⁷, sendo este último o eminentemente dirigido às mulheres, e muito em função de sua sexualidade, no âmbito familiar e educacional⁸.

O patriarcado, por outro lado, é um sistema de dominação masculina, expressão de poder político, que incorpora as dimensões da sexualidade, da reprodução e da relação entre homens e mulheres, e perpassa todas as estruturas sociais. Tem como um de seus pilares o controle da sexualidade feminina⁸.

A constituição e a manutenção do patriarcado têm relação com as várias formas de violência, interpretada pelo senso comum como a ruptura de qualquer forma de integridade do outro: física, psíquica, sexual ou moral⁸. Vale dizer: o patriarcado se utiliza da violência, sendo esta inerente àquele.

Por considerar que o mesmo fato pode ser compreendido por uma mulher como violento, mas avaliado como normal por outra, Saffioti⁹ propõe utilizar o conceito de direitos humanos para apurar a existência da violência contra a mulher.

Violência simbólica, por seu turno, é conceito que aborda uma forma de *vis* exercida pelo corpo sem coação física, com fundamento na fabricação contínua de crenças no processo de socialização, que induzem o indivíduo a se posicionar segundo o discurso dominante, legitimando-o.

Para Bourdieu¹⁰, dominação masculina equivale à violência simbólica na construção social dos gêneros e legitima a suposta superioridade masculina em detrimento da inferioridade feminina.

Nesse cenário, quando a mulher se insurge contra o sistema patriarcal, por conduta que desatenda aos comportamentos que dela se esperam, inclusive o de romper um relacionamento afetivo ou exercer sua sexualidade livremente, o ambiente social admite uma forma de puni-la pelo suposto desvio, mediante o uso da violência. Na pornografia de revanche, tal violência consiste na publicação de material íntimo com ausência de consentimento.

O controle social da sexualidade da mulher,

que durante longos anos foi realizado sob o prisma religioso e médico-higienista¹¹, a partir da revolução sexual do século XX e diante do avanço da tecnologia na contemporaneidade, é hodiernamente realizado por mecanismos mais sutis e tecnológicos, próprios da sociedade de controle proposta por Deleuze¹².

Na era do consumo, as relações sociais tornam-se impessoais e superficiais, com a banalização do sexo; as parcerias são trocadas como se fossem bens de consumo¹³, mediadas pela exposição de identidades e espetacularização das intimidades próprias da sociedade do espetáculo¹⁴.

Vive-se na sociedade de risco, expressão que descreve a maneira como o grupo social procura responder aos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos e industriais dos últimos anos e que atingem os campos político, social, econômico e individual, sem que haja certeza acerca dos resultados que poderão daí advir¹⁵.

Entre as contradições que defluem da sociedade de risco, está a dificuldade de as instituições acompanharem as novidades em face da rapidez com que ocorrem.

A pornografia de vingança se vincula muito intimamente com as modernidades tecnológicas, relacionando-se profundamente com aqueles riscos, especialmente diante da dificuldade de as instituições políticas, sociais e jurídicas acompanharem as mudanças, e darem as respostas satisfatórias que demandam.

O ambiente social, portanto, favorece o crescimento da prática de vingança pornográfica, ao mesmo tempo que as instituições têm dificuldade de responder aos problemas provocados por ela.

A pornografia de vingança perante o ordenamento jurídico brasileiro

O tratamento da vingança pornográfica pelo ordenamento jurídico brasileiro deve ser contextualizado a partir do reconhecimento dos

direitos humanos pelo direito internacional, que tem início com a Carta das Nações de 1945¹⁶ e com a Declaração Universal de 1948¹⁷.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro mediante aprovação em cada casa legislativa em dois turnos, com quórum qualificado, a partir do que serão equivalentes a emendas constitucionais (parágrafo 3º do art. 5º da Constituição da República¹⁸).

São duas as Convenções Internacionais de maior relevo para as mulheres no Brasil: a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher ou Convenção da Mulher (Cedaw)¹⁹, aprovada na Organização das Nações Unidas (ONU) em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984, e a Convenção de Belém do Pará ou Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, aprovada pela Organização dos Estados Membros em 1994 e ingressando no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 1.973/1996²⁰.

Esta última aduz, no art. 1º, que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens. Estabelece como violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher.

A Declaração dos Direitos Sexuais de 1997²¹, estabelecida em Valência – III Congresso Mundial de Sexologia –, reconheceu os direitos sexuais como direitos humanos, e declarou a possibilidade de ter experiências sexuais prazerosas e seguras, livres de coerção, discriminação ou violência e que todos têm o direito de controlar e de decidir sobre questões relativas à sua sexualidade e aos seus corpos. Destaca o direito à privacidade relacionada com a sexualidade, vida sexual e escolhas, vedando interferências arbitrárias; e reconhece o direito de controlar a divulgação de informação relacionada com a sexualidade.

Em âmbito interno, a Constituição da República do Brasil¹⁸ tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e prevê a igualdade entre homens e mulheres (arts. 1º, III; art. 5º, I). Repudia a violência doméstica (parágrafo 8º do art. 226), prevenindo a criação de mecanismos para reprimir a violência no âmbito das relações da família, a qual materializou-se, principalmente, com a Lei Maria da Penha²².

O art. 5º da Lei Maria da Penha²² prevê como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, inserida no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de coabitação.

A relação íntima de afeto é entendida como casamento, convivência, namoro ou qualquer relação casual, eventual ou passageira, consoante o Enunciado 21-003/2015 da Copevid do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais: “A Lei Maria da Penha se aplica a quaisquer relações íntimas de afeto, ainda que eventuais e/ou efêmeras”²³⁽¹⁰⁹⁾.

Acerca da vingança pornográfica, sobressaem as violências psicológica e moral. A violência psicológica é qualquer conduta que induza dano emocional e diminuição da autoestima ou que perturbe o pleno desenvolvimento ou vise degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância, perseguição, insulto, chantagem, violação de intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que provoque prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. A violência moral é compreendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria, agredindo a honra e a respeitabilidade da pessoa.

A violação da intimidade da mulher passou a constar expressamente do inciso II do art. 7º como uma espécie de violência psicológica, após o advento da Lei nº 13.772/2018²⁴.

A Constituição da República garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, inaugurando a tutela geral dos direitos da personalidade e o princípio da reparação integral dos danos.

Silva²⁵ aponta que o direito à privacidade deve ser compreendido de forma ampla, abarcando todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, abrangendo o conjunto de informações que o indivíduo pode preferir manter exclusivamente sob seu controle, ou, se desejar comunicá-lo, poderá decidir em que condições fazê-lo.

Honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade pessoal, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação.

A inviolabilidade da imagem consiste na tutela do aspecto visível por outrem acerca de um indivíduo, seja quanto ao aspecto físico, seja quanto à personalidade.

A reparação integral dos prejuízos prevista constitucionalmente abrange todas as formas de danos: materiais e extrapatrimoniais. Danos materiais atingem o patrimônio, abarcando o que efetivamente se perdeu, bem como o que razoavelmente se deixou de lucrar. Quanto aos danos extrapatrimoniais, prevalece o entendimento de que estão presentes sempre em que há lesão a direito da personalidade²⁵.

Existem algumas espécies do gênero danos imateriais, tais como: dano moral puro, dano à identidade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao prestígio, à reputação, dano estético, dano psíquico e o dano existencial.

O dano existencial ou dano ao projeto de vida passou a ser classificado como uma categoria autônoma da responsabilidade civil a partir da década de 1990, na Itália. Decorre de episódio que provoca modificação prejudicial, total ou parcial, permanente ou temporária, a uma atividade ou conjunto de atividades que a vítima tinha como incorporado ao seu cotidiano. Igualmente, pode alcançar uma potencialidade, para abranger atividades que a pessoa, pela lógica do razoável ou segundo as

regras de experiência, poderia desenvolver no curso normal de sua vida²⁶.

O indivíduo realiza projetos de vida para dar sentido à própria existência, e, ao suceder um infortúnio do qual não tem controle, o curso da existência pode modificar-se inteiramente, provocando até um vazio existencial ou a perda do sentido da vida.

Esses aspectos atingem, em maior ou menor grau, quem sofre a pornografia de vingança, visto que muitas das vítimas necessitam mudar inteiramente os rumos da sua existência, ou modificar suas atividades, e outras ainda se veem tão fulminadas pelo acontecimento que perdem inteiramente a vontade de viver, a ponto de se suicidarem.

Por ora, o dano existencial ou dano ao projeto de vida ainda não vem associado à pornografia de vingança. No entanto, Sydow e Castro¹ defendem sua autonomia e a possibilidade de sua cumulação com o dano moral puro, diante da intensidade com que se atinge a vida das vítimas.

De outro giro, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, trazendo os direitos humanos como um de seus fundamentos (art. 2º, II); e como princípios basilares, a proteção da privacidade e a responsabilização dos agentes segundo sua atuação (art. 3º, II e VI)²⁷.

Significativamente, a Lei do Marco Civil estabelece, em seu art. 21, uma exceção à regra geral da reserva de jurisdição em casos de divulgação não consentida de material íntimo, ao determinar que o provedor de internet retire do ar, a partir de notificação realizada pelo próprio interessado, e independentemente de determinação judicial, o material de caráter privado, tornando mais ágil o procedimento de exclusão do conteúdo privado da rede mundial de computadores.

Na esfera criminal, o Código Penal brasileiro²⁸, norma da década de 40 do século passado, vem sofrendo reformas pontuais e recentes alterações em relação aos crimes sexuais que se concentram em torno do valor constitucional

da dignidade humana, em busca de proteger o sexo livre e desimpedido²⁹.

Em geral, a tipificação dos delitos sexuais zela pelo bem jurídico da liberdade sexual, vertente da dignidade humana, garantindo a autodeterminação individual nesse âmbito, abrangendo a capacidade de dispor livremente do próprio corpo e manter comportamento sexual segundo os desejos individuais³⁰.

O ano de 2018 trouxe importante alterações normativas acerca do tema em debate:

A Lei nº 13.718/2018³¹ criou o tipo penal do art. 218-C do Código Penal, que estabelece ser crime oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia, fixando a pena de reclusão de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

O novo tipo penal prevê como causa de aumento de pena o fato de o agente manter ou haver mantido relação íntima de afeto com a vítima ou quando há finalidade de vingança ou humilhação. É exatamente a hipótese da vingança pornográfica.

O ilícito penal existirá ainda que o conteúdo tenha sido gravado ou colhido com a anuência da vítima, ou mesmo que esta o tenha transmitido para destinatário(s) específico(s). Nesse caso, repreende-se a deslealdade daquele que, em confiança, recebe o material íntimo encaminhado pela vítima, mas lhe dá publicidade sem consentimento.

Em se tratando de vítima menor de 18 anos, a hipótese pode se amoldar aos arts. 241 e 241-A a E do Estatuto da Criança e do Adolescente³².

Contudo, agiu o legislador com falta de técnica na redação daquele dispositivo legal, posto que previu a exposição pública de cena de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima após capitular uma série de

outras condutas relacionadas com a exposição de cena de estupro.

Tal tipo penal veio inserido no Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável, sob o Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual.

Essa posição topográfica no Código Penal e a redação do dispositivo podem ensejar, erroneamente, a interpretação de que a prática punível se refere, tão somente, à exposição pornográfica relacionada com o estupro.

Não foi essa, contudo, a intenção do legislador, o que pode ser apurado pelo exame do trâmite legislativo que culminou com a promulgação da norma, a ser adiante abordado.

Já a Lei nº 13.772/2018²⁴ passou a prever o tipo penal do art. 216-B do Código Penal, introduzindo o Capítulo I-A, sob a rubrica Da exposição da intimidade sexual. Tal dispositivo vem topograficamente localizado sob o Título VI, que protege a dignidade sexual, punindo-se as condutas de produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado, sem autorização dos participantes.

Punível, igualmente, a conduta de realizar montagem, a fim de inserir a vítima no material audiovisual de conteúdo sexual.

Vários projetos de lei redundaram na criação dos dois novos tipos penais:

O projeto de Lei nº 6.630/2013³³, do deputado federal Romário, juntamente com outros projetos correlatos, pretendia punir a divulgação de cenas de sexo sem consentimento da vítima.

Não obstante, em desacordo com o projeto de lei inicial, a redação final do art. 216-B deixou de fora as ações relacionadas com a divulgação de tais conteúdos, para somente punir aquelas em se realiza a captação dos momentos de intimidade sem a autorização da vítima.

Por outro lado, o Projeto de Lei nº 5.452/2016³⁴, da senadora Vanessa Grazziotin, tinha por finalidade a instituição do crime de estupro coletivo, ao mesmo tempo que o Projeto de Lei da Câmara nº 18/2017³⁵ pretendia promover alteração do Código Penal para incluir mais um delito contra a honra, e

não contra a liberdade sexual, tomando essa concepção por ocasião do seu parecer final, quando a conduta foi capitulada como exposição pública da intimidade sexual independentemente de anuência da vítima.

Depreende-se, pois, que, quando veio a lume a lei que previu o crime de violação da intimidade sexual pelo art. 216-B, o delito ficou bem aquém da intenção legislativa inicial, haja vista que o novo dispositivo somente previu como punível a conduta de registrar a intimidade sexual, mas não a de divulgar.

Por sua vez, a conduta de expor as cenas de nudez, sexo e pornografia acabou por ser inserida, açodadamente, sob a capitulação do art. 218-C, juntamente com condutas relacionadas com a divulgação de cenas de estupro e de estupro de vulnerável, no tópico dos crimes sexuais contra vulnerável.

Em uma interpretação sistemática, teleológica e, portanto, segundo a intenção do legislador extraída dos projetos de lei e suas respectivas tramitações, é possível concluir que as novas leis vieram no sentido de criminalizar tanto as condutas de registrar o conteúdo íntimo quanto a sua divulgação, independentemente de que houvesse um estupro. Isto é, mesmo no sexo consentido.

Sob outro prisma, verifica-se que as penalidades estabelecidas nos novos tipos penais trazem penas restritivas de liberdade bastante amplas, uma vez que, em relação ao crime do registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B), a pena é de detenção de seis meses a um ano, e, quanto ao delito de divulgação não autorizada de cena de sexo, nudez ou pornografia (art. 218-C), a pena é de reclusão de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave. Há previsão, no parágrafo 1º, de causa de aumento de pena de um terço a dois terços se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Comparando as penas previstas na legislação, vê-se que se encontram em patamar bastante superior às de delitos cujos resultados,

em tese, podem ser mais graves do que os decorrentes da pornografia de revanche, a exemplo do crime de lesão corporal simples, cuja pena de detenção é de três meses a um ano. Na lesão corporal grave (que provoca incapacidade por mais de 30 dias ou debilidade permanente de membro, sentido ou função e aceleração de parto), a penalidade cominada é exatamente a mesma do delito tipificado no art. 218-C (divulgação não autorizada de cena de sexo, nudez ou pornografia), isto é, reclusão de um a cinco anos. Se a lesão corporal simples ocorrer na seara da violência doméstica, a previsão legal é de pena de detenção de três meses a três anos.

O princípio da proporcionalidade das penas exige um juízo de ponderação entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que alguém pode vir a ser privado, *in casu*, a liberdade do acusado³⁶.

Ao estabelecer os patamares de penas dos novos crimes, em especial, o do art. 218-C, o legislador parecer ter agido em desacordo com a proporcionalidade e razoabilidade cabíveis.

Por outro lado, a partir da Lei nº 13.718/2018³¹, todas as infrações constantes do Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual e Capítulo I-A - Da exposição da intimidade sexual) e do Capítulo II (Dos crimes sexuais contra vulnerável) do Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual) são de ação penal pública incondicionada, isto é, a persecução penal se desenrola por iniciativa do Ministério Público, independentemente de manifestação do ofendido.

Antes da entrada em vigor das Leis nº 13.718³¹ e nº 13.772²⁴ de 2018, as práticas que caracterizam a pornografia de revanche eram abarcadas pelos tipos penais da difamação ou injúria, crimes contra a honra. Se o fato ocorresse mediante a utilização de meio que facilitasse a divulgação ou em presença de várias pessoas, o agente respondia com causa de aumento de pena.

Sob outra vertente, a Lei Maria da Penha²² (art. 17) proibiu a aplicação de pena pecuniária e multa substitutiva aos crimes com violência

doméstica ou familiar contra a mulher e, no art. 41, vedou a aplicação dos institutos despenalizadores – transação penal e suspensão condicional do processo – da Lei de Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995)³⁷.

O afastamento da possibilidade da aplicação das medidas despenalizadoras é questionado, por vários segmentos da doutrina, mormente diante das Teorias Minimalistas, por exprimir uma demanda por sofrimento penal psíquico, em detrimento de uma sanção moral ou patrimonial³⁸. Tais reflexões originam-se a partir de intensas críticas ao sistema penal, as quais denunciam a seletividade com que opera, e por promover a inversão das suas próprias promessas de ressocialização, demonstrando-se a falsidade de seu discurso de igualdade, humanidade e legalidade³⁹.

Tais teorias, muitas vezes, conflitam com os posicionamentos do Movimento Feminista. Nessa seara, Smaus⁴⁰ refuta as Teorias Minimalistas e defende que o direito penal, na tipificação de delitos contra a mulher, consubstancia um instrumento na luta para a mudança da estrutura social patriarcal e que a capitulação penal dessas condutas é necessária, na medida em que a criminalização de comportamentos violentos dos homens contra as mulheres, juntamente com outras conquistas dos Movimentos Feministas, ajuda a tornar públicos problemas que ocorriam na esfera privada e nela se mantinham velados.

Nesse sentido, assenhoram-nos dos dizeres de Gustav Radbrunch⁴¹, citados por Baratta⁴²⁽²⁰⁷⁾: “a melhor reforma do direito penal seria substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o direito penal”. Como ainda não é possível prescindir do direito penal, que ele funcione como baliza jurídica de contenção dos excessos do poder punitivo e limitador da violência atinente ao gênero.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal, em decisão vinculante (Ação de Constitucionalidade 19)⁴³, entendeu pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei Maria

da Penha²² que vedam a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95³⁷ em crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Lei Maria da Penha²² prevê a possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência, adequadas ao caso concreto, para a mulher em situação de violência doméstica e familiar (art. 22, parágrafo 1º), cujo descumprimento configura o crime previsto no art. 24-A, com pena de detenção de três meses a dois anos.

Todas as questões relacionadas com o direito e com a prática jurídica aqui debatidas são insuficientes para alcançar a almejada igualdade substancial entre mulheres e homens, diante dos múltiplos aspectos do problema, com raízes sociais e históricas sedimentadamente constituídas.

Para que se caminhe na direção da igualdade efetiva, muito mais do que aprofundar-se nas consequências jurídicas das diferenças de gênero, faz-se mister a adoção de políticas públicas dirigidas à conscientização da sociedade, em geral acerca das desigualdades ainda reinantes, o que deverá ocorrer no amplo campo do debate político, possibilitando levar-se a efeito a educação de gênero, bem como ações afirmativas em favor da mulher, por meio de políticas públicas de gênero para melhor inseri-la no mercado de trabalho e no âmbito político, com cotas.

O poder público precisa atentar para o desenvolvimento de agendas em prol da mulher, propiciando atividades de capacitação profissional, maior número de ofertas de vagas em estabelecimentos públicos de ensino para seus filhos, inclusive e especialmente creches, acesso à saúde e educação sexual, reprodutiva e de gênero, entre outros.

Logo, na busca por uma sociedade melhor, com arranjos mais pacificadores e mais igualitários, entre mulheres e homens, não é possível se prescindir do direito, posto que sua utilização deve dar-se tendo como finalidade última a maior reflexão, conscientização e educação da sociedade acerca das desigualdades de gênero.

Considerações finais

No presente artigo, após contextualização do cenário social que permeia o aumento do número de casos de vingança pornográfica, almejou-se apresentar breve panorama acerca do tratamento da pornografia de vingança pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Após rápida incursão pelo direito internacional, viu-se o tratamento do tema no Brasil. Em destaque, a proteção dada à dignidade humana das vítimas de pornografia de vingança, cujos direitos da personalidade sofrem prejuízos.

Na seara civil, é garantido o direito à indenização pelo dano material ou imaterial decorrente da exposição não consentida de conteúdo íntimo.

Entre as várias espécies de prejuízos extrapatrimoniais, ressaltou-se o dano existencial ou dano ao projeto ou plano de vida, cuja autonomia se defende em razão da intensidade dos efeitos advindos às vítimas.

Observou-se que o Marco Civil da Internet permite maior agilidade na retirada do material nocivo da rede, mediante notificação pela vítima ao provedor acerca do conteúdo não autorizado.

Em âmbito penal, no ano de 2018, foram realizadas alterações normativas acerca da pornografia de vingança, com as Leis nº 13.718/18 e nº 13.772/18, que criaram tipos penais específicos a alcançarem a vingança pornográfica, os quais foram examinados.

Considerando, todavia, que as concepções de gênero foram histórica e socialmente construídas ao longo do tempo e são arraigadas no corpo social, apenas alterações legislativas para criar tipos penais que resguardecem direitos das mulheres ou o aprofundamento dos operadores do direito nos estudos de gênero são insuficientes para o advento de um novo paradigma que se almeja.

O tema impõe a adoção de políticas públicas amplas e dirigidas a toda a sociedade, mediante ações afirmativas em prol da mulher, incremento da educação de gênero, desenvolvimento de atividades de capacitação profissional, maior número de ofertas de vagas em estabelecimentos públicos de ensino para seus filhos, garantia de acesso à saúde e educação sexual e reprodutiva, tudo, enfim, para a efetivação da igualdade substancial entre homens e mulheres, em um novo pacto para a superação da lógica binária dos gênero, e que permita um novo olhar para as diferenças.

Colaboradores

Rocha RLM (0000-0002-6330-4162)*, Pedrinha RD (0000-0002-9093-9083)* e Oliveira MHB (0000-0002-1078-4502)* contribuíram para concepção do estudo, coleta e análise das informações, preparação do manuscrito, revisão crítica do conteúdo e aprovação da versão final. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Sydow ST, Castro ALC. Exposição pornográfica não consentida na internet: da pornografia de vingança ao lucro. Belo Horizonte: D'Plácido; 2017.
2. Buzzi VM. Mulheres na rede: a pornografia de vingança como instrumento de violência de gênero. In: Gostinski A, Bispo A, organizadoras. Estudos feministas: por um direito menos machista. Florianópolis: Empório do Direito; 2016.
3. Silva AS, Pinheiro RB. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossociológica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. *Rev Fac Direito UFPR*. 2017; 62(3):243-265.
4. Batistella C. Abordagens contemporâneas do conceito de saúde. In: Fonseca AF, D'andrea Corbo AM. O território e o processo saúde-doença. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2007.
5. Heilborn ML. Gênero, sexualidade e saúde. In: Silva DM, organizador. Saúde, sexualidade e reprodução: compartilhando responsabilidades. Rio de Janeiro: UERJ; 1997.
6. Foucault M. História da sexualidade: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Paz e Terra; 2017.
7. Sabadell AL. Manual de sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2017.
8. Baratta A. O paradigma do gênero. In: Campos CH, organizadora. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina; 1999.
9. Saffioti H. Gênero, patriarcado e violência. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo; 2015.
10. Bourdieu P. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2014.
11. Pedrinha RD. Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2009.
12. Deleuze G. Conversações. São Paulo: Editora 34; 1992.
13. Bauman Z. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; 2004.
14. Debord G. A sociedade do espetáculo. [S. l.]: eBookLibris; 2003.
15. Beck U, Giddens A, Lash S. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. Oeiras: Celta; 2000.
16. Brasil. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945 [internet]. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945. *Diário Oficial da União*. 23 Out 1945. [acesso em 2018 mar 9]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm.
17. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 [internet]. [acesso em 2018 mar 9]. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>.
18. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
19. Brasil. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002 [internet]. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial da União*. 14 Set 2002. [acesso em 2018 mar 11]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm.
20. Brasil. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996 [internet]. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de

1994. Diário Oficial da União: 2 Ago 1996. [acesso em mar 8 2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm.
21. World Association for Sexual Health. Declaração dos direitos sexuais [internet]. [S. l.]: [S. n.], 2013. [acesso em 2019 nov 27]. Disponível em: https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2013/08/declaration_of_sexual_rights_sep03_2014.pdf.
22. Brasil. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 [internet]. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União. 8 Ago 2006. [acesso em 2019 fev 6]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm.
23. Mello AR. Femicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico; 2017.
24. Brasil. Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018 [internet]. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. [acesso em 2019 fev 6]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm.
25. Silva JA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 1996. Revisada.
26. Tartuze F. Manual de Direito Civil: volume único. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2015. Revisada Atualizada e Ampliada.
27. Soares FR. Dano existencial: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana [dissertação]. 2007. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2007. 223 p.
28. Brasil. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 [internet]. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União. 24 Abr 2014. [acesso em 2019 fev 6]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.
29. Brasil. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 [internet]. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União. 24 Abr 2014. [acesso em 2019 fev 6]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.
30. Prado LR. Curso de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013.
31. Brasil. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 [internet]. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da União. 25 Set 2018. [acesso em 2019 fev 6]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm.
32. Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [internet]. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. 16 Jul 1990. [acesso em 2019 mar 3]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.
33. Brasil. Projeto de Lei nº 6.630 de 23 de outubro de

- 2013 [internet]. [acesso em 2019 mar 2]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598038>.
34. Brasil. Projeto de Lei nº 5.452 de 2016 [internet]. [acesso em 2019 mar 2]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>.
35. Brasil. Projeto de Lei da Câmara nº 18, de 2017 [internet]. [acesso em 2019 mar 2]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5068988&ts=1550060365849&disposition=inline>.
36. Greco R. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus; 2004.
37. Brasil. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 [internet]. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União. 27 Set 1995. [acesso em 2019 mar 6]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm.
38. Batista N. “Só Carolina não viu”: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: Mello AR, organizadora. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2009.
39. Campos CH. Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2017.
40. Smaus G. Abolicionismo: el punto de vista feminista. No Hay Derecho, n. 7, 1992 [internet]. [acesso em 2019 fev 28]. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/117173969/Abolicionismo-el-punto-de-vista-feminista-Por-Gerlinda-Smaus>.
41. Radbruch G. Rechtsphilosophie. 2. ed. Heidelberg: C.F. Mueller; 2003.
42. Baratta A. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; 2011. Tradução: Juarez Cirino dos Santos.
43. Brasil. Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 Distrito Federal [internet]. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal; 2001. [acesso em 2019 fev 28]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>.

Recebido em 16/08/2019
Aprovado em 03/11/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

Acesso das pessoas com deficiência mental aos direitos e garantias previstos na Lei Brasileira de Inclusão por meio do Sistema Único de Assistência Social

Access of persons with mental disabilities to the rights and guarantees provided for in the Brazilian Inclusion Law through the Unified Social Assistance System

Tania Paim Caldas de Abreu¹, Maria Aglaé Tedesco Vilarado², Aldo Pacheco Ferreira³

DOI: 10.1590/0103-11042019S416

RESUMO Desde 2005, está previsto na Constituição o Sistema Único de Assistência Social (Suas), descentralizado e participativo, que tem por função a gestão da assistência social no campo da proteção social brasileira. Em 2015, foi promulgada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência destinada a assegurar e a promover o exercício dos direitos e liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e a sua cidadania, em cumprimento à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim como a saúde e a previdência, a assistência social é um direito social do cidadão e dever do Estado; suas ações fazem parte da Política de Seguridade Social não contributiva. Buscou-se, portanto, investigar o acesso e o recebimento de informações, das pessoas com deficiência mental, aos direitos e garantias previsto no Suas, em Campo Grande, bairro da Zona Oeste do município do Rio de Janeiro, por meio da pesquisa documental e de campo, com entrevista individual semiestruturada. Constatou-se falta de conhecimento, de informação adequada, de educação continuada dos profissionais, de estrutura física. Conclui-se que, não obstante as normas avançadas, protetivas de direitos humanos, o Estado ainda não reduziu, efetivamente, as desigualdades sociais, especialmente para as pessoas com deficiência mental.

PALAVRAS-CHAVE Serviço social. Deficiência intelectual. Política pública. Direitos humanos. Saúde pública.

ABSTRACT Since 2005, the decentralized and participatory Unified Social Assistance System (Usas) is provided for in the Constitution, whose function is the management of Social Assistance in the field of Brazilian social protection. In 2015, the Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disabilities was enacted to ensure and promote the exercise of fundamental rights and freedoms by persons with disabilities, with a view to their social inclusion and citizenship, in compliance with the International Convention on Human Rights of People with Disabilities. Like health and social security, social assistance is a social right of the citizen and a duty of the state; its actions are part of the non-contributory Social Security Policy. Therefore, we sought to investigate the access and reception of information, by people with mental disabilities, to the rights and guarantees provided by Usas, in Campo Grande, neighborhood of the West side of Rio de Janeiro, through documentary and field research, with semi-structured individual interview. There was a lack of knowledge, of adequate information, of continuing education of professionals, of physical structure. It is concluded that, however advanced the protective human rights norms, the State has not yet effectively reduced social inequalities, especially for people with mental disabilities.

KEYWORDS Social work. Intellectual disability. Public policy. Human rights. Public health.

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
taniapaim@tjrj.jus.br

²Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.

³Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural (DIHS) - Rio de Janeiro (RJ), Brasil.

Introdução

O estudo analisa o acesso das pessoas com deficiência mental aos direitos e garantias previstos na Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência¹ a partir da entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – LBI (Estatuto da Pessoa com Deficiência)², em 2016, por meio do Sistema Único de Assistência Social (Suas)³. No que diz respeito à contribuição, à construção do conhecimento, tem-se, na proposta de pesquisa, uma base reflexiva que contribui para o serviço social relacionado com as pessoas com deficiência mental, no intuito de ressaltar as potenciais inconsistências que ocorrem na interface entre as múltiplas expressões da questão social e as estratégias de gestão e organização da sociedade, tendo-se como meta a garantia dos direitos sociais e o efetivo exercício da cidadania, delineados no Suas³.

Embora, desde 2009, a convenção tenha *status* de norma constitucional, somente passou a ser discutida e conhecida a partir de sua regulamentação por lei ordinária e das alterações que introduziu no Código Civil e Código de Processo Civil em 2015.

As pessoas com deficiência são colocadas como protagonistas de suas histórias de vida, em um projeto universal de inclusão sob o lema ‘Nada sobre Nós, sem Nós’ que expressa a obstinação dessas pessoas de serem ouvidas, pois ninguém melhor do que a pessoa com deficiência para apontar e reclamar seus direitos; apontar e reclamar a discriminação, a exclusão e a opressão sofrida, impostas por um a sociedade deficiente.

Nusbaum⁴, na defesa do enfoque das capacidades, sustenta a existência de uma dimensão moral e social das partes no pacto social. Entende a autora que os seres humanos cooperam motivados por um amplo campo de ensejos, entre eles, o amor pela própria justiça e, em especial, por uma compaixão moralizadora por aqueles que possuem menos do que precisam para levar vidas decentes e dignas. Nas palavras da autora:

Da minha parte, diria que a mudança que percebemos nos anos recentes em direção a uma inclusão social maior de pessoas com impedimentos representa uma clara evidência de que a decência faz que os seres humanos busquem a justiça em si mesma, e tão frequentemente de modo que produza uma grande diferença política⁴⁽¹⁹⁴⁾.

É desse espírito que nascem as declarações de direitos humanos abraçadas pelos povos paulatinamente. Ao lado de um sistema geral de direitos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos⁵, são organizados sistemas especiais, como a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, também conhecida como Convenção de Nova York¹, e a LBI² têm como destinatários toda a gama de pessoas com deficiência, categorizadas em deficiência física, intelectual, mental e sensorial.

As possibilidades de acesso aos serviços públicos, à saúde e à educação são prejudicadas pela falta de recursos, especialmente o financeiro, além da falta de informação em função da condição socioeconômica. A meta para essas pessoas limita-se a assegurar sua própria sobrevivência e, se houver, da família, na qual um dos membros será sacrificado para os cuidados com pessoa com deficiência para exercer a função de cuidador; que, na esmagadora maioria das vezes, é uma mulher.

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme art. 194 da Constituição da República de 1988⁶:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A assistência social na Constituição Cidadã vem pela primeira vez estabelecida como direito social: de ser assistido e a vencer, com apoio de políticas públicas, o estado de vulnerabilidade social.

A pessoa com deficiência tem direito constitucional, entre muitos outros, à assistência social, visando sua habilitação e reabilitação e sua integração à vida comunitária.

A assistência social foi organizada, nos moldes do Sistema Único de Saúde⁷ (SUS), como sistema de gestão descentralizado, integrado por todos os entes federativos, pelos respectivos conselhos de assistência social e pelas entidades e organizações de assistência social na forma prevista na Lei Orgânica da Assistência Social (Loas)⁸, constituindo o Suas³.

Por conseguinte, o nicho social foco desta pesquisa é aquele destinatário das políticas de assistência social. São pessoas cuja condição socioeconômica, educação e saúde são fatores de exclusão, discriminação, violação de direitos, e ainda com fator de agravamento das condições de vida, a deficiência mental, afastando-as dos padrões de dignidade que devem usufruir todos os seres humanos. O desconhecimento do direito que são titulares promove maior desamparo aos vulnerados por doenças mentais.

A deficiência mental na Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência

A Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência¹ e a LBI², utilizam o mesmo conceito de pessoa com deficiência: a pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Duas questões se apresentam. Qual a distinção entre deficiência intelectual e deficiência mental? Por que a Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência¹ e a LBI² se referiram a ambas no rol das deficiências como categorias de naturezas diversas?

Lopes⁹ menciona que a sociedade civil pleiteou a inclusão do termo psicossocial no conceito de pessoa com deficiência, o que poderia implicar dificuldade na ratificação da Convenção, em razão das diferentes formas dos países tratarem a questão da deficiência e da saúde mental, inclusive o Brasil. Diante desse impasse, relata a autora, optou-se por manter o termo ‘mental’ e a inclusão da expressão ‘intelectual’, permitindo uma margem para os Estados signatários tratarem o conceito internamente, e decidir se as pessoas com transtornos mentais estão contempladas pela Convenção.

No Brasil, essa questão ainda não foi regulamentada, estando as categorias de deficiência definidas pelo Decreto nº 5.290/2004¹⁰ que, ainda, está em vigor. Enquanto não ocorrer uma adequação do conceito de deficiência em norma regulamentar em harmonia aos novos paradigmas introduzidos pela Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência¹, inclusive quanto à distinção indiciada por ela entre deficiência mental e intelectual, continuam válidas, para fins de definição de deficiência, as categorias estabelecidas no Decreto, contanto que não importem em restrição de direitos. A LBI² não resolveu a questão.

Diante dessa imprecisão, alguns interpretam o termo ‘intelectual’ como atualização do termo ‘mental’ em consonância com a Declaração de Montreal¹¹. Outros defendem que as pessoas com transtornos psicossociais ou usuários da saúde mental foram contemplados na definição nacional de deficiência¹².

Está em andamento no Congresso o Projeto de Lei nº 5.907/2016 que altera a Lei nº 10.216/2001¹³, conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtorno mental e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. O Projeto de Lei apresentado à Câmara

dos Deputados acrescenta dispositivos à referida lei, entre eles, o parágrafo único ao art. 1º pelo qual estabelece que a pessoa com transtorno mental é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais. O projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Seguridade Social e Família em 14 de setembro de 2017.

Mencionam Feminella e Lopes¹² que a Convenção foi fruto do esforço comum de pessoas do campo da saúde mental e de pessoas do campo das deficiências, pretendendo o reconhecimento que a seqüela do transtorno mental constituísse mais uma deficiência, entre as deficiências física, intelectual e sensorial.

O termo deficiência psicossocial¹⁴ refere-se à classificação de um problema nas funções mentais de um indivíduo, que podem ser uma ou mais limitações das capacidades de consciência, aprendizado, interação social, temperamento, energia e impulso, estabelecimento de vínculos, personalidade, atenção, memória, concentração, linguagem, percepção, conforme a classificação das funções mentais pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)¹⁵. Ressaltam os autores mencionados que o indivíduo com transtorno mental, de caráter crônico e persistente, enfrenta barreiras que limitam sua participação plena em situação de igualdade na sociedade, portanto, considera-se esse indivíduo com deficiência psicossocial albergado pela Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência¹ e pela LBI². São pessoas com agravos funcionais e intelectuais que resultam no comprometimento na sua capacidade de desempenho e participação em atividades.

Para Costa¹⁶, a inclusão das pessoas com transtorno mental no rol das pessoas com deficiência constitui uma questão de justiça, visto que são pessoas que experimentam significativos impedimentos de natureza psicossocial e são fortemente discriminadas.

Essa questão deve ser analisada com cautela, pois doença não importa necessariamente em deficiência, embora a pessoa com transtorno mental, como acima mencionado,

possa sofrer algum tipo de limitação ou impedimento. Encontramos na CIF¹⁵ o exemplo do indivíduo com problemas de desempenho sem deficiências ou limitações de capacidade, sendo dado o exemplo de ex-doente curado de doença mental, que enfrenta estigmas ou discriminação nas relações interpessoais ou no trabalho. Portanto, uma generalização do conceito para incluir indiscriminadamente a pessoa com transtorno mental no rol das pessoas com deficiência para o fim de abrangê-las pela LBI² parece precipitado¹⁵.

Os transtornos mentais graves podem influenciar na funcionalidade psíquica e social, caracterizando a deficiência psicossocial, caso persistam as limitações funcionais após tratamento médico.

No Brasil, o conceito de deficiência para fins de recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC) está previsto no Anexo I do Decreto nº 6.214¹⁷, utilizando para avaliação da deficiência e grau de incapacidade os parâmetros definidos da CIF¹⁴, Portaria Conjunta MDS/INSS nº 2/2015¹⁸. A CIF¹⁵ é uma das classificações desenvolvidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ao lado da Classificação Internacional de Doenças, Décima Revisão (CID-10).

A funcionalidade é um termo que engloba todas as funções do corpo, atividades e participação; de maneira similar, deficiência é um termo que inclui impedimentos, limitação da atividade ou restrição na participação¹⁵.

Nas classificações internacionais da OMS, os estados de saúde (doenças, perturbações, lesões etc.) são classificados principalmente na CID-10 que fornece uma estrutura de base etiológica. A funcionalidade e a incapacidade associadas aos estados de saúde são classificados na CIF¹⁵. Portanto, a CID-10 e a CIF¹⁵ são complementares. As deficiências, como consta da CIF¹⁵, correspondem a um desvio em relação a um padrão aceito como estado biomédico normal do corpo e das suas funções. A definição dos seus componentes é feita essencialmente por pessoas com competência para avaliar a funcionalidade física e mental, de acordo com esses padrões.

Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Pela Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência¹, o Brasil, no art. 4º, comprometeu-se a adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer natureza necessárias para a realização dos direitos e garantias nela reconhecidos.

Com efeito, é vocacionada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Assim, pretende inaugurar uma nova fase no tratamento da pessoa com deficiência por meio da eliminação das barreiras existentes, ambientais e sociais, incorporação de instrumentos para habilitação e reabilitação e a criação de mecanismos para possibilitar a plena inclusão da pessoa com deficiência. Representa uma revolução no ordenamento jurídico, excluiu qualquer referência à incapacidade em razão da deficiência, trouxe alterações profundas no Código Civil e no Código de Processo Civil, entre eles, a eliminação do termo ‘interdição’, que produz e reproduz preconceito, discriminação e isolamento da pessoa com deficiência, nas palavras de Rosenvald¹⁹:

Remete a uma sanção civil de natureza punitiva a quem não praticou qualquer ato ilícito. Observa o mencionado autor que mesmo tendo CPC/2015 se servido do termo interdição em diversas passagens (arts.747 a 757), a Lei 13.105/2015 deve deferência à CDPD, em face de sua superioridade normativa¹⁹⁽⁷³⁶⁾.

Tendo como base a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência¹, a LBI² define a deficiência não mais como uma condição estática e biológica, mas, sim, como resultado da interação das barreiras impostas pelo meio e pela sociedade com as limitações de natureza física, mental, intelectual e sensorial do indivíduo. As barreiras são obstáculos que podem se apresentar de diversas formas, e

devem ser removidos ou adaptados razoavelmente de forma a permitir que a pessoa com deficiência possa desfrutar de seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 3º da LBI)².

A Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência¹ e a LBI² rompendo com as âncoras epistemológicas da anatomopatologia transferem o foco para o ser humano em todas as suas possibilidades. Não trata do homem deficiente, mas do homem com deficiência que, em razão dela, demanda ações afirmativas do Estado para sua realização e inclusão plena na vida.

Não se trata de negar as limitações de natureza física, mental ou intelectual, mas, reconhecendo-as, erguer estruturas culturais, sociais, científicas e jurídicas para superação e inclusão do ser humano com deficiência.

Como lembrado por Feminella e Lopes¹², a LBI² organiza, em uma única lei nacional, como um verdadeiro marco regulatório para as pessoas com deficiência, direitos e deveres que estavam dispersos em outras leis, decretos e portarias, regulamentando limites e condições e atribuindo responsabilidades para cada ator na consolidação da assistência social na LBI².

Organização da assistência social no município do Rio de Janeiro - Bairro de Campo Grande

No município do Rio de Janeiro, atualmente, dentro da estrutura organizacional do Poder Executivo, temos a Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos composta de diversas subsecretarias, entre elas, a Subsecretaria de Proteção Social Básica e Especial, integrada por dez Coordenadorias de Assistência Social. Focamos a análise na região de Campo Grande, a qual constitui a 9ª Coordenadoria de Assistência Social, integrada por três Centros de Referência de Assistência Social (Cras), um Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas) e o Centro de Alta Complexidade. Campo Grande é o bairro mais extenso e o mais populoso do município do Rio

de Janeiro com uma grande população vivendo em comunidades de baixa renda.

O sucesso de qualquer empreendimento está diretamente relacionado com o correto dimensionamento da equipe e da qualidade dos recursos humanos empregados para consecução de sua finalidade. No caso da assistência social, faz-se necessário localizar territorialmente onde se encontram e quais são os principais focos de vulnerabilidade socioassistencial e sua dimensão, estabelecendo uma relação pessoa-território para o adequado planejamento da gestão e da oferta da proteção social¹⁹.

As metrópoles que possuem gestão plena das ações da assistência social, como o município do Rio de Janeiro, devem estruturar os Cras, em áreas de maior vulnerabilidade social, devendo contar, no mínimo, com 8 Cras, cada um com capacidade para atendimento de até 5 mil famílias referenciadas conforme a Política Nacional de Assistência Social (PNAS)²⁰ e a Norma Operacional Básica do Suas (NOB-Suas)²¹. A NOB-Suas²¹⁽²¹⁾ define família referenciada como

aquela que vive em áreas caracterizadas como de vulnerabilidade, definidas a partir de indicadores estabelecidos por órgão federal, pactuados e deliberados.

Conhecido o número de famílias referenciadas, são constituídas as equipes de referência formadas por servidores efetivos responsáveis pela organização e pela oferta de serviços, programas, projetos e benefícios de proteção social básica e especial, levando-se em consideração o número de famílias e indivíduos referenciados, o tipo de atendimento e as aquisições que devem ser garantidas aos usuários²¹. Ferreira²² esclarece que:

[...] são referências de proteção social para as famílias e indivíduos, que têm nas equipes a certeza de que encontrarão respostas qualificadas para suas necessidades. [...] Uma referência, portanto, construída a partir de

conhecimentos técnicos específicos e de uma postura ética que, ao acolher as necessidades sociais dos cidadãos como direito, acenam em direção a horizontes mais acolhedores, compartilhados e de maior autonomia²²⁽²⁶⁾.

De acordo com o nível de proteção (básica ou especial, de média ou alta complexidade) e com o tipo de serviço socioassistencial, cada grupo de usuário fica sob a responsabilidade de uma equipe de referência que se torna referência para esses usuários.

Em síntese, as equipes de referência do Suas devem produzir para o cidadão a certeza de que ele encontrará acolhida, convívio e meios para o desenvolvimento de sua autonomia²².

Para eficiente distribuição das Unidades de referência, planejamento estratégico, é preciso conhecer a dimensão do desafio a ser enfrentado no território, a realidade social do território, onde está instalado o centro de referência para um efetivo atendimento da comunidade dentro de um planejamento estratégico.

Essa valiosa informação deve ser obtida por meio da vigilância socioassistencial prevista no art. 2º, II c.c. art. 6ºA da Loas⁸ (art. 87 e seguintes), constituindo instrumento de proteção social na identificação e na prevenção das situações de risco e vulnerabilidade social.

A equipe que atua nos Cras está totalmente absorvida na demanda que bate à sua porta, chamada demanda espontânea, sendo que a esmagadora maioria vai em busca de benefícios garantidores de renda mínima, no caso da pessoa com deficiência, o BPC. A centralização nesse benefício revela o alto nível de empobrecimento das pessoas e o desconhecimento de toda gama direitos de que são titulares.

O art. 6º, I e parágrafo único da Loas⁸ e PNAS²⁰ estabelecem caber ao Cras a vigilância socioassistencial, devendo manter ativo

[...] um serviço de vigilância da exclusão social na produção, sistematização e divulgação de indicadores da área de abrangência do Cras [...], [contudo] [...] o cadastro único absorve o pessoal²⁰⁽³⁵⁾.

Sobre essa questão, tivemos a oportunidade de verificar nos depoimentos a inexistência desse trabalho de forma sistemática no território pesquisado:

A vigilância socioassistencial deveria fazer uma busca no território, o que não ocorre como deveria porque estão absorvidos pela demanda espontânea. Além disso, a estrutura de pessoal não permite alcançar a integralidade do território. (Ecras).

Forçoso concluir que são desconhecidas as necessidades das pessoas e famílias localizadas em Campo Grande, entre elas, as pessoas com deficiência mental para as quais nenhuma estrutura específica foi implantada nos centros de referência de proteção social básica e especial (Cras e Creas), tampouco são ofertados por essas unidades serviço ou programas além do BPC.

A incapacidade e a inexistência de oferta de serviços, programas e projetos de proteção social no território revelaram-se evidentes nos seguintes relatos: “[...] a principal demanda que chega ao Cras é cadastro único (99%), [...] ressalta-se, o Cras apenas realiza cadastro único” (Ecras).

A Norma Operacional Básica de Recursos Humanos (NOB-RH/Suas)²³ prevê a composição da equipe de referência dos Cras para a prestação de serviços e execução das ações no âmbito da proteção social básica, sendo que, nos municípios de grande porte e metrópoles, a cada 5 mil famílias referenciadas, deverá haver 4 técnicos de nível superior, sendo 2 profissionais assistentes sociais, 1 psicólogo e 1 profissional que compõem o Suas, e 4 técnicos de nível médio.

Em Campo Grande, temos três Cras, cada um com responsabilidade sobre determinada área do bairro. Em todos eles, observou-se a equipe mínima prevista; estrutura de pessoal que, como se pode perceber, é absorvida pelo cadastro único, sua alimentação e atualização.

Há, ainda, em Campo Grande, um Creas que é uma unidade pública que se constitui como polo de referência, coordenador e articulador da proteção social especial de média

complexidade. No caso do Rio de Janeiro, município que possui gestão plena, cada Creas deve ter capacidade de atendimento de 80 indivíduos; seu quadro de pessoal deverá contar com 2 assistentes sociais, 2 psicólogos, 1 advogado, 4 profissionais de nível superior ou médio (abordagem dos usuários) e 2 auxiliares administrativos.

Observou-se, assim como nos Cras, que o único Creas localizado em Campo Grande conta com a estrutura de pessoal mínima prevista na NOB-RH/Suas²³.

À idêntica constatação na pesquisa de campo chegou a equipe de autores da obra conjunta ‘O Sistema Único de Assistência Social no Brasil – uma realidade em movimento’²⁴⁽¹⁵⁾, quanto

[...] a limitada capacidade de atendimento dos Cras e Creas as demandas assistenciais que extrapolem a simples distribuição de benefícios, particularmente o do Programa Bolsa Família – que representa a incumbência central dessas unidades.

Além dos Cras e Creas, também funciona em Campo Grande a proteção social de alta complexidade responsável pelo serviço de acolhimento institucional voltado para pessoa com vínculos familiares rompidos ou fragilizados. Os serviços envolvem, por exemplo, o abrigo de pessoas em situação de rua e família acolhedora para jovens e crianças.

Um detalhe que chama atenção no quadro de pessoal dos profissionais que atuam nos Cras/Creas é a predominância de mulheres, tanto coordenadoras quanto a maioria dos funcionários, em que somente encontramos um homem como assistente social. Não são mais ‘as moças de caridade’, mencionadas por Santos e Brun²⁴, associadas à prática assistencialista do cuidar caritativo, solidário, mas profissionais responsáveis pela execução de um direito social fundamental.

Essa predominância feminina também chamou atenção na pesquisa desenvolvida por Couto et al.²⁵, anotando que essa característica

parece influenciar tanto no arranjo decorativo do ambiente quanto nas atividades desenvolvidas que se revelam mais atrativas para o público feminino. Registram que é:

[...] ainda frágil a compreensão dos usuários quanto a institucionalidade pública do trabalho e da unidade, prevalecendo ainda entendimentos que as conquistas efetivadas ocorreram pela 'bondade' dos profissionais, revelando um dos traços persistentes da assistência social que é a 'pessoalização' das atenções e conquistas [...] ²⁵⁽²⁷¹²⁾.

Foi abordado aos participantes da entrevista no Cras sobre a pessoa que exerce a função de cuidador da pessoa com deficiência. Revelaram que os cuidadores, em geral, são mulheres; são elas que vão em busca de auxílio. Essas mulheres, em geral, deixaram o mercado de trabalho para se dedicar aos cuidados da pessoa com deficiência, dependendo financeiramente do BPC para sua manutenção. Essa característica marcante desse nicho social, a impossibilidade de exercício de uma atividade produtiva pelo cuidador, além de diminuir a renda do núcleo familiar, já privado de bens e serviços em razão da precária condição socioeconômica, tem a situação agravada com o óbito da pessoa com deficiência. Com isso, o cuidador fica completamente sem condições de prover sua subsistência, antes minimamente mantido pelo BPC da pessoa com deficiência, e encontra imensa dificuldade de recolocação no mercado de trabalho em razão da idade, da falta de capacitação profissional e pela inexistência de uma rede socioassistencial.

Capacitação da equipe, Centro de Referência de Assistência Social (Cras), Campo Grande, município do Rio de Janeiro

A capacitação dos profissionais é estratégica para a implantação, incorporação e

desenvolvimento de novas tecnologias, novos conhecimentos e para consecução eficiente de trabalho técnico profissional.

A Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência¹ e a LBI² introduziram novos conceitos sobre a deficiência, introduziram um novo olhar sobre a pessoa com deficiência e determinaram a execução de ações. Trouxeram, inclusive, uma nova forma de se referir a essas pessoas – não mais como portadores de um mal que as coloca em uma situação especial ou de desvantagem, um ser especial vítima de preconceito e estigma que carrega consigo uma deficiência.

A efetivação do compromisso assumido perante a comunidade internacional e o povo brasileiro ao ratificar a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência¹ e aprová-la com força de emenda constitucional impõe um processo de reeducação da sociedade; impõe o refazimento de espaços, tornando-os acessíveis às pessoas com deficiências; impõe o emprego de novas tecnologias, adoção de novos comportamentos; impõe o treinamento adequado de profissionais para que estejam aptos a criar, a viabilizar e a executar novos projetos, permitindo que as pessoas com deficiência desenvolvam toda sua potencialidade enquanto pessoas livres e capazes.

Para os profissionais da assistência social, aos quais cabe a execução de projetos, serviços e programas no âmbito da proteção social tendo como usuários as pessoas com deficiência; o treinamento, a capacitação e o conhecimento da nova legislação são fundamentais para sua plena materialização.

Educação permanente e capacitação, Centro de Referência de Assistência Social (Cras), Campo Grande, município do Rio de Janeiro

O abandono da arcaica visão assistencialista e o estabelecimento da assistência social como política social reclamam a formação de um corpo técnico qualificado para lidar e analisar as mais variadas situações do cotidiano enfrentadas pelas pessoas com deficiência.

É salientado na PNAS²⁰ que a produtividade e a qualidade dos serviços oferecidos à sociedade no campo das políticas públicas estão relacionadas com a forma e com as condições como são tratados os recursos humanos. É evidente que uma política de capacitação dos trabalhadores, gestores e conselheiros da área, de forma sistemática e continuada, deve integrar a política de recursos humanos.

Prevê a Loas⁸, art. 30, entre as condições para que os municípios, estados e Distrito Federal recebam repasses dos recursos do Fundo Nacional de Assistência Social, a existência de um Plano de Assistência Social cujas ações de apoio técnico e financeiro devem incluir a capacitação (art. 22, V, parágrafo único, I PNAS-2012)²⁶.

A questão referente à gestão do trabalho, à capacitação e à educação permanente é responsabilidade de todos os entes da federação (art. 12, art. 15, XXI – PNAS/2012)²⁵, compreendida como ação de valorização do trabalhador e despreciação da relação e das condições de trabalho (art. 109 PNAS -2012)²⁶.

Educação permanente, como definido por Ferreira²², significa o atendimento às necessidades de formação e qualificação sistemática e continuada dos trabalhadores do Suas. É um processo contínuo de construção de conhecimento, tendo por objetivo melhorar e ampliar a capacidade laboral dos trabalhadores, em função de suas necessidades individuais, da equipe de trabalho e da respectiva instituição, das necessidades dos usuários e da demanda social.

Prevê o plano municipal de assistência social 2014/2017, entre seus objetivos específicos, a implementação do Plano Municipal de Educação Permanente, em consonância com a Política Nacional de Educação Permanente do Suas, garantindo qualificação continuada aos profissionais da assistência social, fomentando a produção de conhecimento, a sistematização do trabalho desenvolvido e a publicização deles, por meio do Centro de Capacitação da Política de Assistência Social.

Previsão que é repetida no plano municipal 2018-2021, ressaltando as diretrizes da

NOB-RH/Suas²¹. Educação e capacitação profissional obrigatória e permanente refletem diretamente o nível de valorização do usuário da política socioassistencial e do profissional que atua nas diferentes frentes da assistência social.

Questionados os participantes da entrevista, não houve uniformidade nas respostas sobre a capacitação para atuação nos Cras básico e especial. Dos entrevistados, alguns afirmaram que receberam capacitação para atuar no Cras e Creas, e recebem capacitação permanente. Outros não receberam nem recebem capacitação para o exercício de suas funções.

Esse cenário permite concluir que há, eventualmente, oferta de cursos, mas não são obrigatórios, tampouco observam um planejamento para atuação dos profissionais. Segundo um entrevistado *“Há previsão de capacitação permanente. Não é obrigatório”* (Ecras); e outro entrevistado completou, *“A última que teve no Cras foi sobre identificação civil”* (Ecras).

Instalações, Centro de Referência de Assistência Social (Cras), Campo Grande, município do Rio de Janeiro

As unidades destinadas à execução das ações de proteção social, entre elas, a segurança de acolhida, devem conter, conforme estabelecido na NOB-SUAS^{21,22} (art.4º, I), condições de recepção, escuta profissional qualificada, informação, referência, concessão de benefícios, aquisições materiais, sociais e socioeducativas.

Evidentemente, esses espaços devem observar todos os princípios contidos na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹ e na LBI², nas quais a acessibilidade é um princípio básico, essencial e fundamental. Não é possível tratar de inclusão sem garantir acessibilidade.

Em um dos prédios visitados, o atendimento é feito no 2º andar, cujo acesso é feito por uma escada estreita. Não apenas pessoas com deficiência têm dificuldade de acesso ao 2º pavimento, local onde acontecem os atendimentos, mas grávidas, idosos e crianças. A diretora esclareceu, demonstrando preocupação,

que, quando necessário, “as técnicas descem e fazem o atendimento no andar de baixo” (Ecras). Nesse Cras, verificamos que estão sendo construídos cubículos no andar térreo para atendimento ao público, obra que, no momento da visita, estava parada.

Em todos, as instalações são bastante precárias, em muitos, não há sequer privacidade para os atendimentos ou o número de salas para o atendimento individual é insuficiente. Em um dos equipamentos, não há sequer mesas, cadeiras e computadores suficientes para todos os profissionais que precisam se revezar na utilização, como se teve a oportunidade de presenciar. Chamou atenção que nenhuma das unidades tem estrutura física capaz de assegurar o sentimento de acolhimento, segurança e conforto essencial à proteção social.

Os espaços onde estão instalados os Cras e o Creas reproduzem a pobreza, a carência e a exposição em que esses grupos se encontram, e revelam persistir o estigma da caridade nas ações e serviços ofertados, prevalecendo a improvisação à profissionalização na realização da política socioassistencial.

Couto et al.²⁴, em trabalho conjunto sobre a implantação do Suas em São Paulo e em Minas Gerais, alertam que o Cras não é simplesmente uma sigla emblemática, mas carrega sentidos e revela intencionalidades de um novo desenho institucional da assistência social. E prosseguem:

O CRAS não pode ser compreendido simplesmente como uma edificação. A disposição dos espaços e sua organização refletem a concepção sobre o trabalho social com famílias adotada pelo município²⁴⁽²⁶⁸⁹⁾.

Informação e intersectorialidade, Centro de Referência de Assistência Social (Cras), Campo Grande, Município do Rio de Janeiro

Os serviços do Suas³ e do Sus⁷ deverão promover ações articuladas para garantir à pessoa

com deficiência e sua família a aquisição de informações, orientações e formas de acesso às políticas públicas disponíveis, com a finalidade de propiciar sua plena participação social (o art. 17 da LBI)².

Como maciçamente respondido pelos participantes dos centros de referência, a demanda que chega ao Cras e ao Creas, chega espontaneamente, em regra, em busca do benefício do Bolsa Família e do BPC, momento que a pessoa é incluída no cadastro único do Governo Federal.

Nos Cras, não há programa, projeto ou serviço destinado à pessoa com deficiência mental, além do BPC, sendo as informações disponibilizadas em ações sociais, cartazes, com os líderes comunitários e nas escolas.

No Creas, os participantes apontaram que as informações e orientações acerca das políticas disponíveis às pessoas com deficiência mental com a finalidade de propiciar sua plena participação social são divulgadas nos atendimentos individuais e coletivos, e em ações sociais na comunidade. Contudo, afirmaram inexistir, a nível de Creas, políticas específicas para pessoa com deficiência mental.

Todos os entrevistados, curadores e curatelados, manifestaram interesse e necessidade de receber informações sobre a existência de projetos, programas e serviços voltados à pessoa com deficiência relacionados com a saúde, a educação, o lazer e os esportes. Os poucos curatelados que compreenderam as perguntas, igualmente, expressaram sua necessidade, especialmente em relação ao lazer, e demonstraram uma imensa vontade de trabalhar.

O desconhecimento da LBI², seus direitos e garantias foi unânime; disse um dos curadores: “mas gostaria de conhecer”. Igualmente, não participam de programas voltados à convivência familiar e comunitária, envolvendo a pessoa com deficiência; afirmou outro curador que “não existe programa ou projeto comunitário próximo”.

Os entrevistados não participam de programas ou projetos destinados à habilitação, reabilitação, ao desenvolvimento da autonomia da pessoa com

deficiência sob sua responsabilidade “*porque não conhece*”, “*porque nunca foi oferecido*”, “*porque não sabe como fazer*”, “*porque não sabe a quem recorrer*” (falas de curadores).

A ausência de ações que garantam a divulgação de informações sobre serviços, programas, projetos e benefícios tendo como destinatários à pessoa com deficiência mental pode ser explicada, além da incapacidade operacional das unidades, pela inexistência de oferta. Simplesmente, não há oferta a ser divulgada, além do benefício de renda mínima.

Chama atenção o fato de nenhum dos entrevistados (curadores e curatelados), todos com renda muito baixa, não participarem de qualquer programa ou serviço de acolhida, de habilitação, reabilitação, de convivência familiar e comunitária.

Os entrevistados dos Cras e Creas, questionados sobre a oferta de cuidador social e residência inclusiva para as pessoas com deficiência mental, responderam que não têm este serviço, ou o desconhecem, ou, simplesmente não responderam; outros, que “*essa pergunta é para Subsecretaria da Pessoa com Deficiência*”.

As famílias e pessoas em situação de vulnerabilidade social, em geral, necessitam ser incluídos em diversas políticas, saúde, educação, moradia, garantia de renda. Somente por meio da atuação conjunta e integrada dos diversos setores públicos poderão ser obtidos resultados efetivos.

Serviços de proteção social básico e especial, Centro de Referência de Assistência Social (Cras), Campo Grande, município do Rio de Janeiro

A Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, aprovada pela Resolução nº 109²⁷, padronizou em todo o território nacional os serviços de proteção social básica e especial, estabelecendo o conteúdo essencial de cada um, o público usuário e os resultados esperados.

Estabelece os serviços que devem ser prestados nos Cras e no Creas e os que podem ser realizados mediante parceria das entidades com os órgãos gestores.

Foram selecionados alguns serviços expressamente previstos na LBI² e na Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais para verificar sua implantação em Campo Grande e execução por intermédio dos Cras e Creas.

Residências inclusivas

Entre os direitos da pessoa com deficiência, a LBI² prevê o direito à moradia digna, que deverá ser ofertada no caso da pessoa com deficiência, com vínculos familiares rompidos ou fragilizados, na modalidade de residência inclusiva:

Art. 31. A pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada, ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, ou, ainda, em residência inclusiva.

§ 1o O poder público adotará programas e ações estratégicas para apoiar a criação e a manutenção de moradia para a vida independente da pessoa com deficiência.

§ 2o A proteção integral na modalidade de residência inclusiva será prestada no âmbito do SUAS à pessoa com deficiência em situação de dependência que não disponha de condições de autossustentabilidade, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos. [Grifo nosso].

Em 2014, foram publicadas, pelo Ministério do Desenvolvimento Social, orientações sobre o serviço de acolhimento institucional para jovens e adultos com deficiência em residências inclusivas, ressaltando que a proposta se respalda em compromissos assumidos pelo Brasil na Organização das Nações Unidas (ONU) ao ratificar a Convenção Internacional de Direitos da Pessoas com Deficiência¹:

A Residência Inclusiva tem o propósito de romper com a prática do isolamento, de mudança do paradigma de estruturação de serviços de acolhimento para pessoas com deficiência em áreas afastadas ou que não favoreçam o convívio comunitário.

Tem como finalidade propiciar a construção progressiva da autonomia e do protagonismo no desenvolvimento das atividades da vida diária, a participação social e comunitária e o fortalecimento dos vínculos familiares com vistas à reintegração e/ou convivência²⁷.

Cuidador social

O cuidador social está previsto no art. 39 §2º da LBI². São profissionais de apoio para as pessoas com deficiência em situação de dependência. Devem estar disponíveis em todos os serviços socioassistenciais, e não apenas nos serviços de alta complexidade que envolvam acolhimento institucional. Nos Cras que ofertam o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), deve haver esse profissional, e como verificamos, não há.

Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV)

O SCFV deverá ser organizado por faixa etária. Entre os usuários, estão: crianças, jovens, adultos e idosos em situação de vulnerabilidade em consequência da deficiência. São diversos os objetivos; exemplificativamente, entre eles, para faixa de 30 anos a 59 anos, pode-se citar: complementar as ações da família e comunidade na proteção e no fortalecimento dos vínculos familiares e sociais,

[...], propiciar vivências para o alcance de autonomia e protagonismo social, estimulando a participação na vida pública no território, além de desenvolver competências para a compreensão crítica da realidade social e do mundo contemporâneo²⁶.

Os Cras em Campo Grande ofertam o serviço à comunidade. Contudo, quanto à pessoa com deficiência mental,

Não há nenhum trabalho específico, dependendo da deficiência a pessoa pode participar. É ofertado às diversas faixas etárias sem

discriminação quanto ao fator saúde mental que são considerados público prioritário. [Eles são] integrados, [não] incluso. (Ecras).

Habilitação, reabilitação e desenvolvimento da autonomia

A habilitação e a reabilitação são um dos objetivos a serem atingidos pela política de assistência social à pessoa com deficiência estabelecido na LBI², e igualmente consta entre as seguranças definidas na Loas⁸ como objetivo da assistência social.

Nos Cras e Creas, não há serviço ou programa que preveja a inclusão da pessoa com deficiência mental, repetindo os participantes a afirmação que os serviços são abertos ao público.

Estar aberto ao público não significa inclusão da pessoa com deficiência, especialmente se a condição é de deficiência mental que vai exigir a utilização de ferramentas específicas. Dizer que todos podem participar não garante que a pessoa com deficiência mental participe, interaja ou adquira competências. Inclusão é criar as condições físicas, atitudinais e ambientais a participação da pessoa com deficiência com ganhos para todos os envolvidos, sejam eles com ou sem deficiência.

Serviço de proteção social básica no domicílio

É serviço fundamental para inclusão e atendimento das necessidades do indivíduo e sua família, prevenindo situações de confinamento e isolamento de pessoas com deficiência e idosos. O serviço prevê a elaboração de um plano de desenvolvimento do usuário.

Segundo a grande maioria dos entrevistados, após a LBI, não foram implantadas mudanças na oferta de serviços e programas, salvo a contratação de terceirizados com deficiência. Ressaltamos que, em alguns Cras, 100% dos entrevistados afirmaram desconhecer a LBI, e apenas um dos entrevistados, considerando Cras e Creas, afirmou ter recebido capacitação específica para trabalhar dentro dos novos paradigmas.

Considerações finais

A Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência em vigor no Brasil com *status* de norma constitucional desde 2009, portanto, há dez anos, tem o propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Enfim, proporcionar às pessoas com deficiência uma nova dimensão de vida, seja no plano individual, seja no coletivo, representa um grande desafio para todas as nações que a ratificaram.

Essa Convenção ingressou no ordenamento jurídico nacional com *status* de norma constitucional, e foi posteriormente regulamentada pela LBI em 2015.

Contudo, os resultados colhidos na pesquisa de campo foram bastantes desalentadores. Permanece como uma ideia, ainda não é uma realidade para as pessoas com deficiência tampouco para as pessoas com deficiência mental.

O estudo desenvolvido teve por foco as atribuições conferidas pela LBI à assistência social, tendo esta sido erigida pela Constituição da República de 1988 como integrante do tripé da seguridade social.

Mostrou-se de relevada importância o estudo do Suas, pouco conhecido, contudo, com imensa responsabilidade atribuída pela LBI na concretização de direitos sociais, tendo como destinatários as pessoas com deficiência, especificamente, no nosso estudo, a pessoa com deficiência mental.

Sem o conhecimento aprofundado desse sistema, sua organização, estrutura e atribuições pouco pode caminhar na concretização dos direitos sociais que exigem ações afirmativas do Estado e participação da sociedade.

Sem conhecimento, não há demanda, prevalecendo o estado atual sem mudanças que elevem a pessoa com deficiência à condição de cidadão.

A ignorância da base normativa constitucional referente à assistência social e sua efetiva implantação permite que se prolongue

a omissão do Estado na implantação de políticas públicas com corte social voltado à pessoa com deficiência mental e no cumprimento de compromissos internacionais de relevada importância, capaz de projetar o Brasil a melhor nível de desenvolvimento humano.

A pesquisa de campo revelou que não foram promovidas ações para implantação de programas, serviços e projetos previstos na LBI voltados à pessoa com deficiência mental, limitando-se os equipamentos dos Cras e Creas à alimentação e à atualização do cadastro único do governo federal para obtenção do BPC pelas famílias que preenchem os requisitos legais.

Os titulares dos direitos garantidos previstos na LBI e na Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência continuam a desconhecê-los.

Ao Suas, ao lado do SUS, foram atribuídas competências e obrigações fundamentais para o atendimento das necessidades do cidadão em estado de vulnerabilidade e risco social, permanecendo, após 30 anos de sua instituição como direito social e mais de 10 anos como um sistema nacional, completamente desconhecido da sociedade.

Acrescentem-se a esse resultado os dados colhidos com os participantes da pesquisa de campo, potenciais usuários dos serviços do Suas (curadores e curatelados) que, igualmente, expressaram desconhecê-lo. Embora uns poucos tenham afirmado ter ouvido falar do Cras, pode-se concluir o diminuto alcance das ações da assistência social em relação às pessoas com deficiência mental cujas informações, como verificamos nas entrevistas, são fornecidas precipuamente nos atendimentos feitos pela saúde.

Infelizmente, o cenário é alarmante: essas pessoas estão reclusas em seus ambientes domésticos; à exceção do BPC, não participam de qualquer programa, serviço ou projeto, nos moldes previstos na Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência e na LBI.

À toda evidência, a política de assistência social é muito mais ampla que um programa de garantia de renda mínima. Um programa de

renda mínima nos moldes do BPC é incapaz de concretizar a garantia de proteção social, da erradicação da pobreza, enfim, de promover o bem de todos.

O art. 3º da Constituição da República estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A omissão do Estado Brasileiro na efetivação dos compromissos assumidos ao ratificar Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência foi registrada no relatório de setembro de 2015 da Organização das Nações Unidas, em cumprimento ao disposto no art. 35 e art. 36 da Convenção Internacional de Direitos da Pessoas com Deficiência, do qual destacamos algumas das recomendações¹: 20. O Comitê está preocupado com a falta de estratégias para promover especificamente o conteúdo da Convenção e o modelo de direitos humanos da deficiência para o público em geral, funcionários públicos e atores privados; 21. Comitê recomenda que o Estado Parte ofereça treinamento sobre os direitos reconhecidos pela Convenção a todas as autoridades públicas e funcionários do setor público e privado que trabalham com pessoas com deficiência. O Comitê recomenda ainda que sejam fornecidas informações sobre a Convenção para pessoas com deficiência; 23. O Comitê recomenda que o Estado Parte tome medidas eficazes para garantir a acessibilidade do ambiente construído, transportes, informação e comunicação e dos serviços abertos ao

público; e 36. O Comitê está preocupado com a falta de acesso a serviços de apoio e subsídios, em especial os serviços de assistência pessoal, que visam possibilitar às pessoas com deficiência viver de maneira independente e serem incluídas na comunidade. O Comitê também está preocupado que o Estado Parte não tenha uma estratégia global para substituir a institucionalização pela vida fundamentada na comunidade para pessoas com deficiência.

A despeito de avanços relevantes nas garantias normativas de direitos sociais, inclusive com direitos e garantias constitucionais nesse sentido, a pesquisa apresentada mostrou que esse reconhecimento legislativo não foi capaz de reduzir efetivamente as desigualdades sociais. Evidentemente que o desafio permanente é o poder público conferir à política de assistência social os destaques político e orçamentário necessários ao seu fortalecimento.

Agradecimentos

Gostaríamos de agradecer a todos participantes que propiciaram esta pesquisa.

Colaboradores

Abreu TPC (0000-0001-6510-4159)* contribuiu com a pesquisa de campo; pesquisa documental; e redação. Vilaro MAT (0000-0002-6632-2622)* contribuiu com a revisão crítica do conteúdo e aprovação da versão final do manuscrito. Ferreira AP (0000-0002-7122-5042)* contribuiu para a concepção, o planejamento, a análise e a interpretação dos dados; revisão crítica do conteúdo; e aprovação da versão final do manuscrito. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Brasil. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 [internet]. Diário Oficial da União. 26 Ago 2009. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.
2. Brasil. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) [internet]. Diário Oficial da União. 7 Jul 2015. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm.
3. Brasil. Secretaria Nacional de Assistência Social. Norma Operacional Básica NOB/SUAS: construindo as bases para a implantação do Sistema Único de Assistência Social [internet]. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Assistência Social; 2009. [acesso em 2017 out 19]. Disponível em: https://www.mds.gov.br/web/arquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Consolidacao_Suas.pdf.
4. Nusbaum M. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes; 2013.
5. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris [internet]. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas; 1948. [acesso em 2017 jun 15]. Disponível em: <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>.
6. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
7. Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências [internet]. Diário Oficial da União. 20 Set 1990. [acesso em: 2019 jan 10]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.
8. Brasil. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências [internet]. Diário Oficial da União. 8 Dez 1993. [acesso 2017 mar 13]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm.
9. Lopes LVCF. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade [dissertação]. São Paulo: PUC/SP; 2009.
10. Brasil. Decreto nº 5.296 de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências [internet]. Diário Oficial da União. 3 Dez 2004. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm.
11. Organização Mundial de Saúde. Organização Pan-Americana da Saúde. Declaração de Montreal sobre a Deficiência Intelectual Montreal [internet]. Montreal: OPS/OMS; 2004 [acesso em 2018 nov 23]. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/declaracao_montreal.pdf.
12. Feminella AP, Lopes LF. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada. In: Setubal JM, Fayan RAC, organizadores. Campinas: Fundação FEAC; 2016.
13. Brasil. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental [internet]. Diário Oficial

- da União. 7 Abr 2001. [acesso em 2018 nov 23]. Disponível em: <https://hpm.org.br/wp-content/uploads/2014/09/lei-no-10.216-de-6-de-abril-de-2001.pdf>.
14. Alencar AG, Redondo L, Ortiz B. Transtornos mentais e a deficiência psicossocial [internet]. Programa de Esquizofrenia da Escola Paulista de Medicina (PROESQ-UNIFESP). 7 Ago 2017. [acesso em: 2018 jun 18]. Disponível em: http://www.sinicesp.org.br/inclusao/noticias/2017_038.htm.
 15. Organização Mundial da Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – EDUSP; 2003.
 16. Costa AMM. O Reconhecimento da Pessoa com Transtorno Mental Severo como Pessoa com deficiência: Uma Questão de Justiça [internet]. [local desconhecido]: Inclusive - Inclusão e Cidadania; 2011. [acesso em 2018 jul 19]. Disponível em: https://www.inclusive.org.br/wp-content/uploads/O_reconhecimento.pdf.
 17. Brasil. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências [internet]. Diário Oficial da União. 27 Set 2007. [acesso em 2018 jul 19]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm.
 18. Brasil. Portaria Conjunta MDS/INSS nº 2 de 30.03.2015. Dispõe sobre critérios, procedimentos e instrumentos para a avaliação social e médica da pessoa com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada [internet]. Diário Oficial da União. 31 Mar 2015. [acesso em 2018 set 9]. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-conjunta-mds-inss-2-2015.htm>.
 19. Rosenvald N. Aplicação no Brasil da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. IDIBE. 2016; 4(3):123-143.
 20. Brasil. Plano Nacional de Assistência Social (PNAS) [internet]. Brasília (DF): Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; 2009. [acesso em 2018 set 9]. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/PNAS2004.pdf.
 21. Brasil. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social NOB/SUAS. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; 2005.
 22. Ferreira SS. NOB-RH: Anotada e Comentada, 2011 [internet]. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; 2011. [acesso em 2018 set 12]. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/NOB-RH-SUAS_Anotada_Comentada.pdf.
 23. Brasil. Resolução nº 33, de 12 de dezembro de 2012. Aprova a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social -NOB/SUAS [internet]. Diário Oficial da União. 13 Dez 2012 [acesso em 2018 set 23]. Disponível em: <file:///C:/Users/aldoferreira/Downloads/CNAS%202012%20-%20033%20-%2012.12.2012.pdf>.
 24. Couto BR, Yazbek MC, Silva MOS, et al. O Sistema único de Assistência Social no Brasil – uma realidade em movimento. São Paulo: Cortez; 2013.
 25. Santos R, Brun AB. A política de assistência social no Brasil e os sistemas de proteções do sistema único de assistência social (SUAS). Jusbrasil.com.br. 2018. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: <https://regilainesantos.jusbrasil.com.br/artigos/323125229/a-politica-de-assistencia-social-103no-brasil-e-os-sistemas-de-protecoes-do-sistema-unico-de-assistencia-social-suas>.
 26. Brasil. Decreto nº 7.788, de 15 de agosto de 2012. Regulamenta o Fundo Nacional de Assistência Social, instituído pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências [internet]. Diário Oficial da

União. 16 Ago 2012 [acesso em 2018 jan 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7788.htm.

27. Brasil. Resolução nº 34, de 28 de novembro de 2011. Define a Habilitação e Reabilitação da pessoa com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária no campo da assistência social e estabele-

ce seus requisitos [internet]. Diário Oficial da União. 29 Nov 2011 [acesso em 2018 set 18]. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/cnas/legislacao/resolucoes/arquivos-2011/cnas-2011-034-28-11-2011.pdf>.

Recebido em 14/08/2019
Aprovado em 15/10/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

A razão pode ser instrumento de inclusão da loucura? Olhares sobre a medida de segurança

Can reason be a tool for including madness? Views on the security measure

Ariadne Villela Lopes¹, Gabriel Eduardo Schutz²

DOI: 10.1590/0103-11042019S417

RESUMO Este ensaio discute, no ponto de vista dos direitos humanos e com base na Teoria Geral do Crime adotada pelo Código Penal Brasileiro, o caso de indivíduos declarados inimputáveis por doença mental que praticam fato tipificado como crime típico e ilícito. Apresentam-se os conceitos jurídicos necessários para compreender o procedimento judicial apropriado para a declaração de inimputabilidade de um réu em ação criminal, especificando as consequências legais de tal declaração, isto é, a imposição de uma medida de segurança. Avalia-se a possibilidade de que, na prática de fatos tipificados como delitos pelos sujeitos inimputáveis psíquicos, haja utilização de outros recursos extrapenais, que atendam aos princípios do movimento antimanicomial, positivados na Lei nº 10.216/2001, no sentido de garantir a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, contrapondo-se ao estabelecido no Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE Transtornos mentais. Medidas de segurança. Direitos humanos.

ABSTRACT *This essay discusses, from the point of view of Human Rights and based on the General Theory of Crime adopted by the Brazilian Penal Code, the case of individuals declared inimputable for mental illness who practice a typified fact as a typical and illicit crime. The legal concepts required to understand the appropriate judicial procedure for the declaration of inimputability of a defendant in criminal action are presented, specifying the legal consequences of such declaration, that is, the imposition of a security measure. It also assess the possibility of, in the practice of facts typified as crimes by inimputable subjects, using other extra-criminal resources, which meet the principles of the Anti-Asylum movement, affirmed by Law nº. 10.216/2001, in order to guarantee the protection of rights of persons with mental disorders, as opposed to the Penal Code.*

KEYWORDS *Mental disorders. Security measures. Human rights.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
dinevlope@gmail.com

²Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

O ponto de partida da análise aqui apresentada é a percepção do anacronismo das disposições do Código Penal Brasileiro¹ relativas à imposição de medida de segurança a indivíduos declarados portadores de transtornos mentais por perícia médico-psiquiátrica, no curso de inquérito policial ou de processo criminal que apuram a prática de fato típico e ilícito, cuja autoria é atribuída a tais indivíduos. Tais agentes, segundo a nomenclatura penal, são nominados inimputáveis, e a consequência da declaração dessa condição é o reconhecimento de sua incapacidade de entender o caráter ilícito do fato por eles praticado ou de se auto-determinar de acordo com esse entendimento.

As disposições relativas à medida de segurança figuram nos arts. 96 a 99 do Código Penal¹, compondo seu Título VI da Parte Geral, o que implica sua potencial imposição para indivíduos praticantes de qualquer tipo penal, esteja este previsto no próprio Código Penal¹ ou em lei penal extravagante, visto que a Parte Geral do Código Penal¹, como o próprio nome indica, tem ampla aplicação na seara criminal, não se restringindo sua imposição a sujeitos praticantes de delitos tipificados no referido código.

Questiona-se, portanto, a possibilidade de utilização de outros recursos extrapenais como consequência da prática de fatos tipificados como delitos pelos sujeitos inimputáveis psíquicos. Nesse contexto, em análise da Lei nº 10.216/2001², verificou-se que esta dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, bem como estabelece modelo de cuidado e assistência a tais pessoas diverso do estabelecido no Código Penal.

Diante de tal dicotomia de tratamento legal, surgiram os seguintes questionamentos: em conformidade com a legislação brasileira, há possibilidade de não se aplicar medida de segurança ao inimputável por doença mental que pratica fato típico e ilícito? Qual norma legal, entre as duas apontadas como potencialmente aplicáveis, vem sendo efetivamente utilizada no contexto da prática de fato típico e ilícito

por sujeito inimputável por doença mental?

A seguir, será apresentada uma série de definições e argumentações necessárias à uma análise de critérios de interpretação jurídica, cuja aplicação traz segurança jurídica e reduz margem de discussão acerca de eventual alegação de ativismo judicial, que recebe críticas de parte da comunidade jurídica sob o fundamento de representar interferência indevida do Poder Judiciário nos demais poderes da República Brasileira.

Parte-se da exposição da Teoria Geral do Crime adotada pelo Código Penal Brasileiro¹, apresentando-se os elementos formadores do delito, com os respectivos conceitos. A exposição e a análise dos elementos do crime limitam-se ao objeto de interesse do estudo, que é o sujeito inimputável por doença mental que pratica fato tipificado como crime, mostrando-se típico e ilícito. Na sequência, se discutirá o procedimento judicial necessário e adequado à declaração de inimputabilidade de indivíduo que se encontra na condição de réu em ação penal, com especificação da consequência jurídica de tal declaração: imposição de medida de segurança.

Uma análise das características da medida de segurança, com problematização das disposições legais que a preveem, permite indagar acerca do futuro do doente mental praticante de fato típico e ilícito, com apresentação e análise das disposições da Lei nº 10.216/2001², que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Nesse sentido, aponta-se nova perspectiva acerca da consequência jurídica da prática de fato típico e ilícito por doente mental, mesmo em um contexto de retrocessos políticos do paradigma antimanicomial.

Os conceitos fundamentais

Para esta análise, é adotado o conceito tripartido de crime, uma vez que se mostra mais adequado às previsões do Código Penal¹, que projeta o delito composto por três elementos: fato típico, ilicitude e culpabilidade.

Outrossim, interessa caracterizar a tipicidade penal, a qual é o resultado da análise objetiva realizada pelo operador do direito, que aponta para a presença da tipicidade formal e da tipicidade material.

A tipicidade formal ocorre quando se verifica a perfeita adequação da conduta praticada pelo agente ao tipo penal previsto em lei. Verifica-se a perfeita adequação quando todos os elementos descritivos contidos no tipo penal foram contemplados na conduta do agente. Nesse sentido, o tipo penal deve descrever a conduta delituosa e, portanto, proibida pelo ordenamento jurídico, de forma integral, para que o intérprete (seja ele o cidadão sujeito à norma jurídico-penal, seja o técnico operador do direito) dela tenha conhecimento e possa escolher os comportamentos que decide adotar: sejam eles contrários ou não à norma penal.

Por seu turno, fala-se em tipicidade material quando a conduta, que se amolda perfeitamente ao tipo penal, efetivamente lesiona bem jurídico tutelado pela norma penal. Para que haja tipicidade material, é necessário, portanto, que haja efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. Em regra, conduta formalmente típica gera lesão a bem jurídico penalmente tutelado, afirmativa esta que se mostra compatível com a Teoria Geral do Delito atualmente majoritária. Contudo, por construção da doutrina jurídica e da jurisprudência, foram criadas algumas hipóteses em que, apesar de haver a perfeita adequação do fato praticado pelo agente à descrição típica prevista na lei penal, tal fato não é típico por não gerar efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, afastando, assim, a caracterização do crime.

Passa-se, em seguida, à contextualização, composição e conceituação de cada um dos três elementos constitutivos do crime, segundo a dogmática jurídica atualmente majoritária no Brasil.

Fato típico

Além da tipicidade, o fato típico é composto por: conduta humana, resultado, relação de causalidade entre conduta e resultado (quando cabível).

Conduta humana

Para que uma conduta seja caracterizada como crime, ela deve ser praticada por pessoa humana, ainda, para ter relevância penal, a conduta humana deve ser consciente e voluntária, sendo os atos inconscientes e involuntários irrelevantes penais.

Em relação à finalidade da conduta humana consciente e voluntária, ou seja, em relação ao fim ao qual ela se dirige, o Código Penal Brasileiro¹ adotou, após a reforma legislativa introduzida pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, a Teoria Finalista da Ação³. Segundo tal teoria, toda ação humana tem um objetivo específico, e o ser humano age para atingir tal objetivo. Quando o fim visado é contrário ao direito e a conduta se amolda a um tipo penal, ou seja, à descrição de conduta descrita na lei penal, diz-se que o fato é típico, já que a conduta é dolosa (dotada de intenção de atingir o resultado que infringe a norma penal).

São relevantes penais, portanto, apenas as condutas humanas conscientes e voluntárias, dirigidas a uma finalidade específica (condutas dolosas) ou executadas com imprudência, negligência ou imperícia (condutas humanas culposas).

Ainda no que tange à conduta humana, esta pode se exteriorizar de duas maneiras: mediante ação ou por meio de omissão. Nesse sentido, fala-se em condutas comissivas e omissivas respectivamente.

As condutas comissivas são as praticadas de forma positiva, ou seja, são um fazer humano, ocorrendo quando a pessoa interfere no mundo dos fatos de forma ativa, podendo ou não gerar resultado concreto. As condutas humanas comissivas interessam ao direito penal quando violam normas penais proibitivas.

Por sua vez, as condutas omissivas são as praticadas de forma negativa, são um não fazer, um abster-se de atuar quando o ordenamento jurídico exige do sujeito uma atuação positiva. Da redação do artigo 13, § 2º, do Código Penal¹, verifica-se que, para que a omissão seja penalmente relevante nos delitos comissivos por

omissão, é necessário que o sujeito possa agir para impedir o resultado, visto que não se exige conduta heroica para que se impeça o resultado.

Resultado

O resultado é a consequência da conduta praticada pelo sujeito, e, conforme Manson³, pode ter duas espécies:

Em direito penal, o resultado pode ser jurídico ou naturalístico. 'Resultado jurídico', ou normativo, é a lesão ou exposição a perigo de lesão do bem jurídico protegido pela lei penal. É, simplesmente, a violação da lei penal, mediante a agressão do valor ou interesse por ela tutelado. 'Resultado naturalístico', ou 'material', é a modificação do mundo exterior provocada pela conduta do agente³⁽²⁵⁶⁾.

Bens jurídicos são os valores apontados pelo legislador penal como merecedores de tutela. Eles variam de acordo com a cultura dos povos e o momento histórico. No atual sistema jurídico penal brasileiro, tem-se, exemplificativamente, a tutela: da vida (sendo criminalizados, porque violadores de tal bem jurídico, o homicídio; o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio e o aborto); do patrimônio (criminalizando, por exemplo, o furto, o roubo e a extorsão); e da dignidade sexual (cuja tutela conduz à criminalização do estupro e do estupro de vulnerável). Por outro lado, o delito de adultério, que, supostamente, tutelava a família e o casamento, deixou de existir em nosso ordenamento jurídico em 2005.

Assim, todo crime causa lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal contida no tipo penal respectivo. Conforme referido, a prática do homicídio, quer seja tentado ou consumado, gera lesão ao bem jurídico tutelado – vida –, mesmo que, na hipótese de tentativa sem lesão física efetiva (quando os tiros, por exemplo, não atingem a vítima), o bem jurídico restou violado.

Relação de causalidade entre conduta e resultado ou nexa causal

Relação de causalidade é o vínculo efetivo entre a conduta do agente e o resultado produzido no mundo real. É a ponte imaginária que liga a conduta ao resultado visível no mundo real. Por meio da relação de causalidade, é possível vincular o agente ao resultado decorrente de sua conduta e imputar-lhe o resultado concreto produzido. Portanto, só é cabível falar em relação de causalidade nos crimes materiais, visto que, em delitos de mera conduta e formais, ou não há resultado, ou este é dispensado para a consumação do crime respectivamente.

Ao se estabelecer a relação de causalidade, está-se, simultaneamente, estabelecendo a imputação do resultado obtido ao agente, em razão da conduta praticada por este, que se amolda a um tipo penal, ou seja, a uma descrição de ação ou omissão estabelecida em lei.

Ilicitude

Ilicitude significa contrariedade à ordem jurídica. Especificamente no âmbito do direito penal, significa a contrariedade do fato típico praticado pelo indivíduo à norma jurídico-penal, sendo apto tal fato típico a causar lesão a um bem jurídico tutelado pela norma penal.

As causas excludentes de ilicitude do fato típico são classificadas em causas legais e supralegais; causas gerais ou genéricas e causas específicas ou especiais, sendo as gerais ou genéricas aplicáveis a quaisquer crimes, e as específicas ou especiais aplicáveis somente a delitos específicos, conforme leciona Masson³.

Nesta análise, é conveniente limitar a abordagem às expressamente previstas em lei e gerais ou genéricas, as quais estão enunciadas no art. 23 do Código Penal¹, que assim dispõe:

Exclusão de ilicitude

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo¹.

Culpabilidade

A culpabilidade, conforme já referido, é o terceiro elemento do conceito analítico de crime. Presentes os elementos anteriores (fato típico e ilicitude), passa-se à análise da culpabilidade do agente.

Ao longo do tempo, juristas criaram diversas teorias para explicar tal elemento do crime. Contudo, considerando o objetivo deste trabalho, não será apresentada a linha evolutiva de tais teorias em razão de que a sua exposição extrapola tal objetivo. Ademais, é mister que o leitor conheça a teoria atualmente aplicada em nosso Código Penal¹, não se mostrando útil digressão acerca de entendimentos que não são aplicáveis atualmente no Brasil.

Segundo a Teoria Limitada da Culpabilidade, esta “se transforma em um simples juízo de reprovabilidade que incide sobre o autor de um fato típico e ilícito”³⁽⁵⁰⁰⁾, possuindo a culpabilidade três elementos constitutivos, que devem ser analisados nesta ordem: 1) imputabilidade do agente; 2) potencial consciência da ilicitude da conduta praticada pelo sujeito; 3) exigibilidade de conduta diversa. De acordo com Masson¹, os elementos constitutivos da culpabilidade ordenam-se hierarquicamente, de tal modo que o segundo pressupõe o primeiro; e o terceiro, os dois anteriores. De fato, se o indivíduo é inimputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. De modo semelhante, se não tem a consciência potencial da ilicitude, não lhe pode ser exigível conduta diversa. Logo, para que seja possível ao sujeito compreender o caráter ilícito do fato por ele praticado, mesmo

que de forma potencial, e se determinar em conformidade com tal entendimento, necessariamente ele deve ser imputável.

Contudo, uma vez que este estudo visa à proposição de alternativas à aplicação da medida de segurança ao inimputável por doença mental que pratica fato típico e ilícito, conclui-se que a avaliação dos elementos da potencial consciência da ilicitude do fato e da exigibilidade de conduta diversa tornam-se desinteressantes no caso. Tal conclusão decorre do fato de que, por ser inimputável, do doente mental, não pode ser exigida potencial consciência da ilicitude do fato por ele praticado, tampouco conduta diversa. Logo, a aferição dos elementos da culpabilidade deve ser interrompida, tão logo o primeiro deles não se mostrar presente, ou seja, quando o sujeito praticante de fato típico e ilícito for, comprovadamente, inimputável, mais especificamente, inimputável por doença mental. Assim, cabe agora abordar o conceito de imputabilidade.

Isto é relevante, pois enquanto os dois primeiros elementos do crime (fato típico e ilicitude) são apurados em relação ao próprio fato praticado pelo sujeito, a culpabilidade, conforme referido, é juízo de reprovabilidade que recai sobre a formação e manifestação da vontade desse mesmo sujeito. Assim, a culpabilidade não está relacionada com o fato, mas com as circunstâncias do sujeito praticante de fato típico e ilícito, possuindo, portanto, matriz subjetiva e personalíssima.

Nesse contexto, a aferição da imputabilidade do sujeito possui grande importância, pois é imanente à sua subjetividade e às suas condições pessoais.

O Código Penal Brasileiro¹ não conceitua imputabilidade penal. Limita-se a estabelecer os casos de inimputabilidade e a elucidar hipóteses duvidosas. Logo, a lei presume a imputabilidade do agente, quando ausentes as hipóteses de inimputabilidade.

A lei penal brasileira presume, de forma relativa, a imputabilidade do sujeito maior

de 18 anos, pois admite prova em contrário. Para a aferição da imputabilidade do maior de 18 anos, o Código Penal adotou o critério biopsicológico.

Conforme explica Masson³, segundo tal critério:

É inimputável quem, ao tempo da conduta, apresenta um problema mental, e, em razão disso, não possui capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Esse sistema conjuga as atuações do magistrado e do perito. Este (perito) trata da questão biológica, aquele (juiz) da psicológica. A presunção de imputabilidade é relativa (*iuris tantum*): após os 18 anos, todos são imputáveis, salvo prova pericial em sentido contrário revelando a presença de causa mental deficiente, bem como o reconhecimento de que, por tal motivo, o agente não tinha ao tempo da conduta capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento³⁽⁵¹¹⁾.

Mais uma vez, com foco no desiderato do presente trabalho, será analisada somente a hipótese do art. 26, *caput*, do Código Penal¹, que estabelece a inimputabilidade do doente mental, que, comprovadamente, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato por ele praticado, inviabilizando, assim, sua autodeterminação acerca da prática ou não do respectivo fato.

Assim, a doença mental (da qual o sujeito encontrava-se comprovadamente acometido quando da prática da conduta típica e ilícita) é excludente da imputabilidade e, consequentemente, da culpabilidade, que é juízo de reprovação sobre a formação e exteriorização da vontade do sujeito. Sendo negativo tal juízo de reprovação, verifica-se a exclusão da culpabilidade, que se constitui no terceiro elemento do conceito analítico de crime, restando excluído, igualmente, o crime. Por conseguinte, a ausência de crime impede a aplicação de pena ao sujeito.

O procedimento de apuração de inimputabilidade e suas consequências jurídicas

O procedimento apontado na legislação processual penal para aferição da inimputabilidade psíquica do réu é o Incidente de Insanidade Mental, previsto nos arts. 149 a 154 do Código de Processo Penal¹.

Incidente de Insanidade Mental

O objetivo da instauração do Incidente de Insanidade Mental do acusado é a realização de exame pericial, com elaboração de laudo médico-psiquiátrico (elaborado por médico psiquiatra), para constatação de sua sanidade ou insanidade mental. O art. 149¹, *caput*, aduz ‘exame médico-legal’ para indicar o exame pericial e o laudo médico correspondente.

É incidente procedimental, porque é instaurado durante a fase de inquérito policial ou durante o curso de processo criminal, cujo objetivo é instrumentalizar o processo principal, uma vez que é deflagrado para apurar eventual irresponsabilidade penal do sujeito que, supostamente, praticou fato típico e ilícito.

O art. 149 do Código de Processo Penal¹ prevê que, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, que seja este submetido a exame médico-legal.

Tal dispositivo legal estabelece quem são os sujeitos legitimados processualmente para requerer a instauração do Incidente de Insanidade Mental:

- a) autoridade policial, que preside o inquérito policial;
- b) Ministério Público, órgão acusador no processo criminal;

c) defensor, seja público ou particular (advogado constituído);

d) curador do réu. A curatela, no direito civil, é

o encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade⁴⁽⁹⁰⁶⁾;

e) parentes do periciado (indiciado ou acusado): ascendentes, descendentes, irmão ou cônjuge.

A autoridade competente para determinar a instauração do Incidente de Insanidade Mental é a autoridade judiciária, estritamente, ou seja, o juiz criminal que preside o processo judicial no qual se dá a respectiva instauração ou em face do qual será o processo ajuizado, em conformidade com as regras de competência abstrata e previamente estabelecidas em lei (quando determinada a instauração do Incidente de Insanidade Mental na fase do inquérito policial), sob pena de violação ao Princípio do Juiz Natural, também figurante no rol dos direitos fundamentais previsto no art. 5º da Constituição Federal⁵. A instauração do incidente pode, também, ser determinada de ofício pelo juiz, ou seja, independentemente de pedido de qualquer dos legitimados, conforme texto legal expresso do art. 149, caput, do Código de Processo Penal¹.

Assim, além de aferida a doença mental do sujeito ao tempo da prática da conduta típica e ilícita – mediante exame médico-pericial –, para que ele seja considerado inimputável, é imprescindível que reste comprovada, também, sua total incapacidade de, ao tempo da conduta, entender o caráter ilícito desta e de determinar-se em conformidade com tal entendimento.

Atestada a doença mental por perito psiquiatra e concluindo o juiz, com base nas provas dos autos, que o sujeito se encontrava, ao tempo da conduta, incapacitado de entender o caráter ilícito do fato e de se autodeterminar de acordo com tal entendimento, será ele

considerado inimputável e, conseqüentemente, terá afastada sua culpabilidade, não podendo ser declarado responsável pelo fato típico e ilícito por ele praticado. Logicamente, não sendo ele culpável, não poderá ter-lhe aplicada pena, visto que não configurado crime.

Em que pese o Código de Processo Penal¹ estabelecer absolvição do réu em tal caso, qual seja, absolvição decorrente do reconhecimento da excludente de culpabilidade da inimputabilidade, essa absolvição é *sui generis*, conforme ressalta Carvalho⁶, chamada pela doutrina jurídica de absolvição imprópria.

Retomando o conceito de culpabilidade exposto anteriormente, verifica-se que, em relação ao sujeito culpável, o direito penal aplica o sistema de responsabilidade criminal, culminando na aplicação de pena ao autor do fato. Contudo, caso ausente a culpabilidade por incidência de uma de suas excludentes, tal o caso de inimputabilidade por doença mental, o direito penal adota o sistema de periculosidade do autor de fato típico e ilícito, implicando aplicação de medida de segurança ao mencionado sujeito.

Em outras palavras, o sistema de periculosidade é ancorado no exame médico-legal (perícia médico-psiquiátrica) previsto na legislação processual penal, elaborado durante o processamento do Incidente de Insanidade Mental, cuja consequência jurídica, em caso de restar certificada a inimputabilidade do sujeito autor do injusto, é a imposição de medida de segurança, nos termos já expostos.

A consequência jurídica de aplicação de medida de segurança ao inimputável psíquico decorre de opção de política criminal, que poderia, caso assim decidissem os estudiosos do direito penal, legitimados pelo legislador penal, ter outros contornos, resultando em outras consequências jurídicas aplicáveis em tais casos, para tais sujeitos de direitos.

Medida de segurança

Conforme referido, segundo previsão do art. 386, parágrafo único, III, Código de Processo Penal¹, uma vez declarada a inimputabilidade

do indivíduo, a ele será aplicada medida de segurança, de acordo com o que estabelece o Código Penal. Passe-se, então, à análise de tal consequência jurídico-legal da declaração de inimputabilidade do acusado.

As notas da prevenção e da periculosidade estão presentes no conceito adotado pela doutrina jurídica para a medida de segurança. Por todos, Masson³⁽⁹³⁵⁾.

Medida de segurança é modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais.

Verifica-se, portanto, evidente caráter afliativo na medida de segurança, autorizando que ela se caracterize como sanção penal, visto que a aplicação de tal consequência jurídica decorre de sentença absolutória imprópria, imposta pelo magistrado, submetendo o inimputável psíquico a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou a tratamento ambulatorial.

O presente estudo limita-se à análise e à discussão acerca da medida de segurança detentiva, executada mediante internação do sujeito em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que se classifica como espécie de instituição total, caracterizada por impor condições asilares e de nivelamento e aniquilamento do eu, por meio da normalização de pessoas, conforme descreve Goffman⁵.

Uma fragilidade deste procedimento subjaze no exame pericial, o qual se fundamenta em juízo de prognose quanto a eventual futuro injusto que possa vir a ser praticado pelo periciado; sendo tal juízo de prognose negativo, será ele revelador de sua periculosidade. Por isso a afirmação de Carvalho⁶ acerca da adoção do sistema de periculosidade pela legislação penal brasileira em face do sujeito inimputável.

Santos tece a seguinte crítica ao sistema de periculosidade e seus consectários:

O problema começa com a falta de credibilidade do 'prognóstico' de periculosidade criminal: se a medida de segurança pressupõe 'prognóstico' de comportamento criminoso futuro, então inconfiáveis 'laudos psiquiátricos' produzem consequências sociais destruidoras, porque podem determinar 'internações perpétuas' de cidadãos em instituições de segregação psiquiátrica - em condições gerais ainda piores do que as condições desumanas de execução da pena criminal⁷⁽⁶⁴⁶⁾. [grifo do autor].

Assim, considerando as características das instituições totais em que são cumpridas as medidas de segurança detentivas e as circunstâncias em que elaborados os laudos periciais, por meio dos quais afere-se a permanência ou a cessação da periculosidade do agente inimputável, este corre riscos de, efetivamente, permanecer submetido a sanção perpétua, considerando as regras legais aplicáveis.

Diante de tal cenário, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, já se manifestou no sentido de que deve ser aplicado ao cumprimento da medida de segurança o mesmo prazo máximo fixado na legislação para o cumprimento da pena privativa de liberdade, previsto no art. 75 do Código Penal¹, qual seja, 30 anos.

A insegurança jurídica gerada por normas dessa natureza decorre do fato de que pode ser que um intérprete da lei entenda que 'fato indicativo de persistência de periculosidade' é a prática de fato típico e ilícito (previsto na lei penal como crime) e outro entenda que é apenas a violação de alguma regra de natureza civil ou administrativa, como estacionar em local proibido por exemplo.

Por fim, concluindo a análise das regras dispostas no Código Penal¹ acerca da imposição de medida de segurança detentiva ao inimputável psíquico, tem-se o art. 99 do referido código que, em sua rubrica lateral, estabelece como direito do internado o de ser recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e de ser submetido a tratamento.

O ‘estabelecimento dotado de características hospitalares’ é o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, segundo previsão do art. 96, I, também do Código Penal¹, ou seja, é o local onde, segundo a lei penal, deve ser cumprida espécie de sanção penal, que é a medida de segurança detentiva.

Importa colacionar passagem da obra de Ibrahim⁸⁽²⁵⁾, reportando percepção de indivíduo internado no então ativo Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro: “Que lugar é esse? [...] Eu não sei se isso aqui é um hospital implantado numa cadeia, ou se é uma cadeia implantada num hospital”.

Ou seja, o direito do internado, segundo previsão legal, é o de ser submetido a sanção penal que importa privação de sua liberdade, como forma de acesso ao tratamento médico a que tem direito, segundo previsão constitucional do art. 196 da Constituição Federal⁵, especificamente tratamento médico-psiquiátrico. A indagação que se impõe é: se cumprir sanção penal imposta é direito, qual seria, efetivamente, a sanção?

Uma saída alternativa

No contexto de vigência e aplicação do Código Penal¹, em conformidade com os princípios e as regras expostos nos dois primeiros capítulos deste trabalho, é publicada, em 09 de abril de 2001, a Lei nº 10.216², que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial, estabelecendo novos paradigmas para os cuidados em saúde mental no Brasil, operando a chamada Reforma Psiquiátrica.

Apesar dos retrocessos políticos constatados nos últimos anos, a lei permanece vigente no momento de produzido este artigo.

A referida reforma deixa para trás o antigo modelo manicomial, cuja regra é a internação das pessoas acometidas de transtornos mentais em instituições totais, com características asilares. Pelo modelo manicomial, o atendimento às pessoas com transtornos mentais é centrado

em hospitais psiquiátricos, tendo por objetivo o tratamento da doença mental, a busca da cura.

O novo modelo de cuidado em saúde mental, instituído pela Lei da Reforma Psiquiátrica, opera em sistema de rede de atendimento, a chamada Rede de Atenção Psicossocial (Raps), vinculada ao Sistema Único de Saúde e instituída pela Portaria MS nº 3.088⁹, de 23 de dezembro de 2011. A Raps opera em base territorial, regionalizada e comunitária, com participação dos usuários e seus familiares e submetida a controle social por esses atores. Tal modelo de atendimento visa à promoção da saúde mental, por meio da socialização – adaptação dos indivíduos acometidos de transtorno mental ao e no meio social –, respeitando sua condição e buscando combater estigmas e preconceitos, por meio de atenção humanizada e centrada nas necessidades dos usuários.

Verifica-se, portanto, que não tem mais espaço para o modelo antigo, de tratamento asilar e segregacionista, que não se amolda aos objetivos e às diretrizes do modelo antimanicomial.

Igualmente, não tem mais lugar o modelo estabelecido no Código Penal Brasileiro¹, de resposta sancionatória ao agente inimputável psíquico que pratica injusto típico.

Considerando-se o arcabouço jurídico-legal brasileiro, verifica-se um cardápio de normas jurídicas, entre princípios e regras, disponível ao aplicador do direito para solucionar os casos a ele submetidos. Nesse contexto de diversidade legal, muitas vezes, verifica-se multiplicidade de normas regulando os mesmos casos ou as mesmas questões fáticas, cabendo ao jurista utilizar-se de mecanismos para eleger qual a norma aplicável entre as disponíveis. Tal fenômeno não é exclusivo do ordenamento jurídico brasileiro, podendo ocorrer, hipoteticamente, em qualquer sistema de normas.

Essa multiplicidade de normas regulando a mesma questão fática, supostamente vigentes no mesmo período de tempo, no mesmo sistema jurídico, caracteriza o fenômeno jurídico do conflito de normas, assim conceituado e classificado por Kelsen¹⁰:

Existe um conflito entre duas normas, se o que uma fixa como devido é incompatível com aquilo que a outra estabelece como devido e, portanto, o cumprimento ou aplicação de uma norma envolve, necessariamente ou possivelmente, a violação da outra. O conflito pode ser bilateral ou apenas unilateral. É bilateral se o cumprimento ou aplicação de cada uma das duas normas envolve, necessariamente ou possivelmente, uma violação da outra. É unilateral, se apenas o cumprimento ou aplicação de uma das duas envolve violação da outra. O conflito pode ser total ou parcial. É total se uma norma impõe uma conduta determinada, a outra proíbe justamente esta conduta (impõe a omissão da conduta). É parcial se o conteúdo de uma norma só em parte é diferente do conteúdo da outra norma¹⁰⁽¹⁵⁷⁾. [grifo do autor].

Com base nessa classificação de Kelsen¹⁰, verifica-se que existe conflito de normas entre o Código Penal¹ e a Lei nº 10.216/2001² em relação às disposições acerca da imposição de medida de segurança ao inimputável psíquico e os novos paradigmas da Lei Antimanicomial. Tal conflito é bilateral, pois a aplicação de uma das normas necessariamente envolve violação da outra, e total, pois a Lei nº 10.216/2001² veda condutas que os arts. 96 a 99 do Código Penal¹ determinam. Por outro lado, se a comparação for realizada entre as normas da Lei da Reforma Psiquiátrica e a totalidade das disposições do Código Penal¹, o conflito é parcial, por abranger apenas os referidos artigos.

No caso específico do presente estudo, verifica-se antinomia jurídica relativamente às disposições contidas nos arts. 96 a 99 do Código Penal¹ – que compõem o Título VI da Parte Geral e disciplinam a medida de segurança – e às disposições da Lei nº 10.216/2001², que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e estabelece novos paradigmas para a assistência em saúde mental.

Nesse sentido, o Código Penal¹ estipula a obrigatoriedade de imposição de medida de

segurança detentiva ao inimputável psíquico que pratica fato definido como crime, punível com pena privativa de liberdade de reclusão, conforme já demonstrado.

Por outro lado, a Lei da Reforma Psiquiátrica determina a adoção de práticas de socialização e inserção social das pessoas portadoras de transtorno mental, com sistema de atendimento por rede de serviços comunitários, conforme anteriormente explicitado, prevendo, em síntese:

- direitos específicos de que são titulares as pessoas acometidas de transtorno mental, entre os quais, o de receber tratamento humano e respeitoso durante o tratamento, com vistas à recuperação de sua saúde mental, pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- a permanência do doente mental no convívio familiar e comunitário, vedando a hospitalização como regra, sendo esta permitida apenas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes;
- em casos excepcionais, em que indicada a hospitalização do doente mental, a vedação de internação por prazo indeterminado;
- a vedação expressa de internação de pessoas com transtornos mentais em instituições asilares, nas quais são inacessíveis serviços multidisciplinares de assistência integral a tais indivíduos, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais e de lazer por exemplo;
- diretrizes para desinstitucionalização de doentes mentais submetidos a longas internações psiquiátricas, estabelecendo providências a serem adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo;
- as espécies (excepcionais) de internação psiquiátrica de pessoas com transtornos mentais.

Resta clara, portanto, a incompatibilidade das previsões do Código Penal quanto à obrigatoriedade de imposição de medida de segurança ao inimputável psíquico, critérios de aplicação, espécies de tal sanção penal e compulsoriedade de internação do doente mental, para tratamento, em ambiente asilar, em relação às disposições humanitárias, desinstitucionalizantes e socializantes da Lei nº 10.216/2001².

Por outro lado, analisando-se o sentido do texto do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹¹ e o conteúdo do critério da especialidade, bem como sua técnica de aplicação, anteriormente exposta, verifica-se que, caso lei geral ou especial posterior estabeleça disposições compatíveis com as já existentes – sejam especiais ou gerais –, ambas as leis devem coexistir no ordenamento jurídico, uma vez que não há incompatibilidade entre elas. Contudo, caso lei geral ou especial nova estabeleça disposições incompatíveis com as já existentes – sejam especiais ou gerais –, a lei mais antiga necessariamente restará revogada.

Considerações finais

Concluída a análise do cenário protagonizado pelo sujeito portador de transtornos mentais que pratica fato típico e ilícito, verifica-se que a perspectiva deve ser inovadora, com aplicação da Lei Antimanicomial, e não do Código Penal, não mais se impondo medida de segurança ao inimputável psíquico que pratica fato típico e ilícito, e, sim, disponibilizando-lhe cuidado e atenção em saúde mental no contexto da rede de atendimento que a ele é disponibilizada a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.216/2001 e seus consectários infralegais.

Acredita-se que a permanência da aplicação do Código Penal, apesar de tacitamente derogado pela Lei da Reforma Psiquiátrica, com a consequente imposição de sanção penal a sujeito que não tem consciência da própria conduta – circunstância que flerta com a

responsabilidade penal objetiva –, deve-se à tentativa de aplacar o estado de coisas no qual se encontra o Brasil – insegurança, violências institucionais, ausência de sentimento de pertencimento pelo indivíduo, desesperança. Assim, com a imposição de medida de segurança, é recebida pela sociedade uma resposta do Estado diante da prática de fato típico e ilícito, independentemente da consciência do sujeito praticante e do resultado efetivo da imposição da medida de segurança detentiva. Nesse sentido, a internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que é, efetivamente, encarceramento humano, em nada contribui para construção e fortalecimento de laços sociais e afetivos do indivíduo internado; pelo contrário, priva-o de tratamento adequado, em meio aberto, na companhia de familiares e amigos e com vistas à sua adaptação social.

A visão não deve ser mais hospitalocêntrica e centrada na atuação médica, mas plúrima, multidisciplinar, com participação efetiva do próprio usuário dos serviços de saúde mental, de sua família e da comunidade.

A virada ética e ideológica representada pela Lei Antimanicomial tornou inequívoca a condição do inimputável psíquico, autor de fato típico e ilícito, de sujeito de direitos à promoção de sua saúde mental, à inclusão social, ao não encarceramento; e tais direitos devem ser respeitados.

Apesar disso, o que se verifica, na prática, são retrocessos no movimento antimanicomial em curso, cujo ápice foi a edição da Lei nº 10.216/2001 e que se encontra em xeque ante as normas infralegais que vêm, de forma antidemocrática, retirando-lhe aplicabilidade.

Nesse contexto, é medida imprescindível trazer ao centro do debate social as medidas que vêm sendo adotadas, nas diversas esferas de governo, visando ao enfraquecimento da luta antimanicomial como forma de resistência e alerta das consequências nefastas de postura punitivista, encarceradora, patologizante e tolhedora das liberdades e autonomia individuais.

Colaboradores

Lopes AV (0000-0001-9097-4906)* contribuiu substancialmente para a elaboração do rascunho; para a concepção, o planejamento

e para a análise dos dados. Schutz GE (0000-0002-1980-8558)* contribuiu significativamente para a revisão crítica do conteúdo e participou da aprovação da versão final do manuscrito. ■

Referências

1. Brasil. Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 [internet]. Código Penal. [acesso em 2018 dez 8]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.
2. Brasil. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental [internet]. Diário Oficial da União. 7 Abr 1940. [acesso em 2019 jan 26]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm.
3. Masson C. Direito penal esquematizado: parte geral. São Paulo: Método; 2016.
4. Farias CC, Rosenvald N. Curso de Direito Civil: famílias. 8. ed. Salvador: JusPodivm; 2016.
5. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil [Internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2018 set 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
6. Carvalho S. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva; 2015.
7. Santos JC. Direito penal: parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch; 2018. Revisada e Ampliada.
8. Ibrahim E. Manicômio judiciário: da memória interrompida ao silêncio da loucura. Curitiba: Appris; 2014.
9. Brasil. Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde [internet]. Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União. 24 Dez 2011. [acesso em 2019 fev 2]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html.
10. Kelsen H. Teoria geral das normas = Allgemeine Theorie Der Normen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 1986.
11. Brasil. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 [internet]. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. 5 Set 1943. [acesso em 2019 jan 2]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm.

Recebido em 09/09/2019
Aprovado em 05/11/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

O tratamento de doenças raras no Brasil: a judicialização e o Complexo Econômico-Industrial da Saúde

The treatment of rare diseases in Brazil: the judicialization and the Health Economic-Industrial Complex

Pedro Ivo Martins Caruso D'Ippolito¹, Carlos Augusto Grabois Gadelha²

DOI: 10.1590/0103-11042019S418

RESUMO Este estudo apresenta o panorama do tratamento de doenças raras no Brasil, enfocando questões relacionadas à judicialização e ao Complexo Econômico-Industrial da Saúde. São analisadas as estruturas jurídicas e econômicas pertinentes ao tema, questionando a ausência de soluções nacionais articuladas, o que torna a judicialização para o tratamento de doenças raras a solução – ineficiente e insatisfatória, segundo se diz – para o cumprimento do dispositivo. Saúde como um direito. Nesse contexto, são debatidas estratégias para mitigar a dependência tecnológica e econômica, a fim de sustentar o acesso universal, integral e equitativo à saúde. Metodologicamente, a perspectiva do trabalho é primariamente teórica, exploratória e baseada em informações documentais e literatura acadêmica sobre o assunto, passando pelas normas administrativas, decisões judiciais e textos explicativos sobre o assunto em sua dimensão jurídica, econômica e institucional. Concluindo, percebe-se que os gastos com saúde podem comprometer uma parcela significativa do orçamento nacional, dada a importação de medicamentos e outros tratamentos. Portanto, a interação entre o judiciário e o poder executivo e seus órgãos técnicos executivos é mensurada com urgência para fornecer uma racionalidade sanitária e econômica ao sistema, para garantir acesso universal, equitativo e integral ao atendimento de doenças raras.

PALAVRAS-CHAVE Direitos humanos. Doenças raras. Judicialização da saúde. Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Acesso a medicamentos essenciais e tecnologias em saúde.

ABSTRACT *This study presents the panorama of the treatment of rare diseases in Brazil, focusing on issues related to judicialization and the Health Economic-Industrial Complex. The legal and economic structures pertinent to the theme are analyzed, questioning the absence of articulated national solutions, which makes judicialization for the treatment of rare diseases the solution – inefficient and unsatisfactory, it is said – for complying with the device. Health as a right. In this context, strategies are debated to mitigate technological and economic dependence in order to sustain universal, integral, and equitable access to health. Methodologically, the perspective of the work is primarily theoretical, exploratory and based on documentary information and academic literature on the subject, going through the administrative rules, court decisions and explanatory texts on the subject in its legal, economic, and institutional dimension. In conclusion, it can be noticed that health spending can compromise a significant portion of the national budget, given the importation of medicines and other treatments. Therefore, the interaction between the Judiciary and the Executive branch and its technical executive bodies is urgently measured to provide a sanitary and economic rationality to the system, to ensure universal, equitable, and integral access to care for rare diseases.*

KEYWORDS *Human rights. Rare diseases. Health's judicialization. National Science, Technology and Innovation Policy. Access to essential medicines.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
pidippolito@gmail.com

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Administração e Planejamento em Saúde (Daps) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Apresentação

Este trabalho analisa as questões referentes a doenças raras e suas relações com o acesso universal e integral em saúde. Investiga-se a maneira pela qual, na lógica da saúde pública, pode-se garantir o tratamento para doenças raras, ainda que pela atuação do Poder Judiciário.

Conforme a Portaria nº 199/2014 do Ministério da Saúde¹, que institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, tais moléstias são aquelas que afetam até 65 pessoas a cada 100 mil indivíduos. Há, outrossim, outros parâmetros para a caracterização de uma moléstia como rara.

Consideraremos as doenças cujos tratamentos são calcados na dependência externa, isto é, que dependem de importação. O estudo do Complexo Econômico-Industrial de Saúde (Ceis) torna-se relevante, mormente em sua vertente relativa à produção e comercialização de medicamentos².

O tema ganha relevância diante dos casos, cada vez mais frequentes, de judicialização de pedidos de fornecimento de tratamento de doenças raras, incluindo, até mesmo, dispendiosas terapias em outros países. Segundo o Ministério da Saúde³, tramitam, aproximadamente, 60 mil ações nas três esferas de governo, o que gera despesas fora da programação financeira superiores a R\$ 500 milhões anuais.

As doenças raras consubstanciam uma responsabilidade deveras intensa para o Sistema Único de Saúde (SUS), já que representam dispêndios cada vez mais elevados. Há, pois, um embate entre o acesso universal à saúde e a capacidade orçamentária dos entes públicos. Conforme informações do Ministério da Saúde⁴, os gastos com demandas judiciais saltaram de R\$ 139,6 milhões, em 2010, para R\$ 1,2 bilhão, em 2015, envolvendo, em grande parte, demandas afetas a doenças raras.

Não obstante, analisa-se se tal responsabilidade deve recair sobre planos de saúde, que poderiam assumir, ao menos em parte, tratamentos de doenças raras de seus clientes.

Assim, o trabalho tem por objetivo

apresentar três perspectivas que envolvem o tema referente ao tratamento de doenças raras: i) jurídica: o arcabouço legislativo que justificaria a atuação do Poder Público e entes privados; ii) organização do sistema: forma com que as diferentes esferas públicas e particulares se organizam; iii) Ceis, especificamente no que tange à produção e ao fornecimento de medicamentos.

Metodologia

A perspectiva do trabalho é, primordialmente, teórica, exploratória e baseada em informações documentais e na literatura acadêmica sobre o tema, perpassando os regramentos administrativos, as decisões judiciais e textos explicativos sobre a temática em sua dimensão jurídica, econômica e institucional. Foi efetuado um amplo levantamento do aparato jurídico e normativo, tais como portarias e resoluções de órgãos públicos, decisões judiciais – do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – e textos explicativos sobre a temática.

Dessa forma, em resumo, a consecução deste artigo envolveu os seguintes procedimentos metodológicos: i) pesquisa documental jurídica e institucional; ii) levantamento e incorporação das teorias da base jurídica acerca do direito à saúde ao tema proposto; iii) embasamento acadêmico: literatura teórica sobre o Ceis e acesso a medicamentos; iv) levantamento exploratório de alternativas para garantir o acesso universal, equânime e integral mediante arranjos institucionais eficientes para o cuidado relacionado com as doenças raras.

Aspecto jurídico

O presente tópico aborda a questão do delineamento jurídico do direito ao adequado tratamento de doenças raras. Trata-se de uma projeção do direito fundamental à saúde, dado que a própria Constituição da República Federativa

do Brasil (CRFB)⁵ o positiva. Entretanto, para melhor compreensão do alcance de tal afirmação, é imperioso um escorço acerca da temática dos direitos fundamentais.

Para fins de sistematização do tema, os direitos fundamentais são vistos sob perspectivas geracionais.

Todavia, a ideia de gerações de direitos não redonda na preterição da anterior com o advento da ulterior. Os direitos de primeira geração, calcados nos ideais das revoluções liberais do século XVIII, são talhados na ideia de abstenção do Estado, germinadores do dever de não intervenção em aspectos da vida privada dos indivíduos. São inerentes às liberdades individuais, fundamentando os direitos ao patrimônio, de consciência, reunião e à inviolabilidade de domicílio. Entretanto, o reconhecimento da igualdade apenas formal entre as pessoas teve por consequência o incremento das desigualdades sociais. Nesse contexto de refutação à matiz absenteísta do Estado, incrementam-se os chamados direitos fundamentais de segunda geração, caracterizados, precipuamente, por prestações a ser adimplidas, tais como saúde, educação e previdência, estabelecendo condições mínimas de acesso a bens essenciais. A consecução da justiça social passa ser o escopo do reconhecimento dessa geração de direitos. Para tanto, é exigida uma maior intervenção do Estado na economia, com o desiderato de corrigir graves assimetrias no acesso a bens essenciais e meios de produção. A CRFB⁵, por exemplo, prevê um extenso rol de direitos sociais, consagrando, em seu art. 196, o acesso universal à saúde.

Dessa forma, se os direitos fundamentais de primeira geração são qualificados pela privação de atuação estatal, os de segunda são relacionados com prestações positivas por parte do Poder Público.

Posteriormente, por conta do advento, principalmente, do fenômeno da globalização, surgem os chamados direitos fundamentais de terceira geração, caracterizados pela metaindividualidade e congregação de interesses, tais como o meio ambiente, probidade

administrativa, higidez da ordem econômica e consumerista, entre outros.

Desde a criação das Nações Unidas, em 1945, mas, principalmente, a partir da década de 1980, diante de expressiva concentração de renda nos países centrais, discutiu-se acerca do chamado direito ao desenvolvimento, alçado, por alguns doutrinadores, à quarta geração dos direitos fundamentais. Com efeito, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1986, promulgou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento⁶.

Consoante art. 1º, § 1º da Resolução⁶,

[...] o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Dessa forma, o direito ao desenvolvimento representa, em síntese, a igualdade de oportunidades econômicas e sociais relativamente a Estados e pessoas, de modo a incrementar o bem-estar e buscar uma distribuição mais equânime dos recursos gerados. A CRFB⁵ prevê, em diversos dispositivos, o direito ao desenvolvimento. Exemplificando, o art. 3º, I estabelece como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse contexto, a CRFB⁵ prevê o direito fundamental ao desenvolvimento, o que não redonda, tão somente, em crescimento econômico, mas, principalmente, em acesso ao conhecimento e ao bem-estar de toda a população. Nesse aspecto, inscreve-se o papel do Estado para o desenvolvimento científico e tecnológico.

Assim, a própria CRFB⁵ dedicou um capítulo à ciência e tecnologia, posteriormente aperfeiçoado pela Emenda Constitucional de nº 85/2015⁵, que inseriu a ideia de inovação. Consoante o art. 218 da CRFB⁵, “o

Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. Em complemento, o § 1º do dispositivo estabelece que

a pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação⁵.

Apresentadas as gerações, ressalte-se que não há discussão acerca da natureza fundamental do direito à saúde. Todavia, é necessária uma análise qualitativa de tal direito, mormente em relação à sua extensão e abrangência.

Assim, ganha relevância o estudo dos chamados ‘direitos sociais’, que podem ser classificados como espécies de direitos fundamentais, caracterizados por um viés de provimento por parte do Poder Público. São, pois, direitos fundamentais de segunda geração.

A CRFB⁵, prevê um extenso rol de direitos prestacionais, estabelecendo, em seu art. 6º, que

são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁵.

Com efeito, no sistema constitucional brasileiro, toda a disciplina jurídica referente aos direitos fundamentais, tais como sua aplicabilidade imediata, incide, plenamente, em relação aos direitos sociais.

Comparativamente a outros países, o tratamento jurídico dos direitos sociais no Brasil exsurge como uma realidade ímpar. Assim,

[...] em países como Alemanha, França, Portugal, Espanha e Itália (e tal perfil pode ser ampliado para a grande maioria dos países europeus), isso tem impedido, de modo geral e ressalvadas exceções, a admissão de uma aplicabilidade direta das normas

constitucionais de direitos sociais, o que – pelo menos em regra! – os torna exigíveis, na condição de direitos subjetivos, apenas na forma e de acordo com os limites da legislação ordinária conformadora⁷⁽⁶⁴⁰⁾.

A despeito das divergências conceituais, consoante o art. 196 da CRFB⁵,

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A par dos variados direitos sociais previstos na CRFB⁵, ganha relevo o relativo à saúde. O art. 196 da CRFB é o ponto de partida do tratamento normativo do direito à saúde. Posteriormente,

[...] a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde⁷⁽⁶⁷⁶⁾.

Ao mencionar que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, a Carta Política⁵ estabelece ao cidadão um direito público subjetivo, que independe de interposição legislativa. Com efeito, dado o plexo de obrigações decorrentes da norma constitucional, para melhor atendimento na área de saúde, faz-se necessária a formulação de políticas públicas e econômicas que racionalizem a alocação dos limitados recursos orçamentários. Ademais, a incumbência para tal organização orçamentária recai sobre o Poder Executivo, de modo que eventual intervenção judicial deve ser pontual.

Por outro vértice, para fins de organização e

estruturação das prestações na área da saúde, a CRFB⁵ arquitetou um modelo básico, abrangendo todos os entes federativos, sem olvidar da participação popular, nos termos de seu art. 198.

Outro tema de relevância ao presente estudo se refere à conexão entre o princípio da separação dos poderes e os direitos fundamentais. Menciona-se que não caberia ao Judiciário determinar a adoção de políticas públicas por parte do Executivo, este, sim, o vetor administrativo do Estado, com os conhecimentos técnico-científicos necessários à alocação eficiente dos recursos. Não obstante, a despeito das críticas apontadas, percebe-se um incremento da chamada judicialização, não sendo raras as decisões judiciais que determinam a implementação de medidas por parte do Executivo.

Entretanto, em relação ao direito à saúde, o STF tem jurisprudência no sentido de que, constatada a desídia administrativa, cumpre ao Judiciário sua colmatação.

Nesse diapasão, o STF já se pronunciou no sentido de que:

[...] o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). [...] O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida⁸.

Com efeito, não são os direitos fundamentais que devem se curvar à separação de poderes. Ao revés, uma vez que a própria dispersão das atribuições estatais tem por aspiração a consecução dos direitos fundamentais. A Lei Maior⁵ não é, portanto, um ideário inócuo, razão pela qual reclama concretização e efetividade de suas normas.

Prosseguindo, realizadas as considerações acerca da possibilidade de atuação no Poder Judiciário, resta a análise sobre a argumentação referente à reserva do possível.

A reserva do possível circunscreve-se, precipuamente, ao óbice financeiro do Estado para concretização de direitos prestacionais. É tema relacionado com a escassez de recursos e com as ‘escolhas trágicas’. Não se deve descurar que a implementação de políticas públicas demanda o dispêndio de recursos financeiros por parte do Estado. Dessa forma, questiona-se se o Poder Público deve garantir, e em que amplitude, toda a sorte de direitos sociais, a despeito de eventuais contingências com recursos orçamentários.

Com efeito, não se deve perder de vista a realidade econômico-financeira de diversos entes de nossa federação. Deveras, no Estado brasileiro, não há recursos suficientes para a satisfação de todas as necessidades da população.

Em casos tais, poder-se-ia cogitar de uma inversão do ônus probatório, de forma que competiria ao ente público demonstrar sua impossibilidade financeira. Assim, comprovada a inviabilidade de assunção de despesas com determinados direitos sociais, sem prejuízo de seu funcionamento básico, o ente federativo poderia se eximir dessa responsabilidade.

Não obstante, contornando tais situações, no caso específico da saúde, que é o pertinente ao presente estudo, a própria CRFB⁵ apresenta a solução, ao prever a solidariedade entre todos os entes da federação no oferecimento do adequado tratamento. Dessa forma, independentemente da existência de prévios ajustes entre os entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos, por exemplo, não deve ser afastada sua responsabilidade solidária, podendo o indivíduo demandar contra qualquer deles.

Por outro lado, dada a sua envergadura constitucional, os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal, devendo ser observados, inclusive, pelos particulares; e não apenas os chamados direitos de primeira geração: os de segunda geração, igualmente, podem ser objeto de imposição a agentes privados.

Conforme aduz Nelson Rosenvald,

o princípio da solidariedade é o sustentáculo da constitucionalidade de normas que estabelecem restrições à autonomia privada a

ponto de erigirem prestações positivas por parte de agentes econômicos⁹⁽¹²³⁾.

Registre-se que a própria CRFB⁵, em seu art. 3º, I e III, estabelece como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com vistas à erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais. Dessa forma, os particulares também são sujeitos passivos dos direitos fundamentais, incluindo os sociais. Não se discute que o Estado possui a responsabilidade originária quanto à oferta de direitos sociais. Não obstante, aos particulares não é dada imunidade ao dever de solidariedade social.

Entretanto, ainda conforme Rosenvald⁹⁽¹²⁵⁾, “para evitar a demagogia que converte solidariedade em tirania, culminando por inviabilizar a atividade econômica”, são necessários dois critérios para a imposição de prestações sociais aos agentes privados: i) “a existência de alguma relação jurídica mantida pelas partes”⁹⁽¹²⁵⁾; e ii) “o objeto da demanda se imbrique com o mínimo existencial, entendido como um bem essencial para o alcance de parâmetros elementares de uma vida digna”⁹⁽¹²⁵⁾.

Exemplificando, o enunciado de nº 302 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, pelo qual “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

Decompondo-se o verbete sumular, observa-se o cumprimento das duas condicionantes. Primeiramente, deve haver prévia relação jurídica entre o segurado e o plano de saúde. Portanto, a entidade privada não é obrigada a custear a internação hospitalar de toda e qualquer pessoa; apenas de seus clientes. Outrossim, deve existir conexão com direito circunscrito ao mínimo existencial – no caso, limitação ao tempo de internação hospitalar. Destarte, ao plano de saúde não deve ser imposta, por exemplo, a oferta de procedimentos meramente estéticos.

Conquanto, as críticas asseveram a insegurança gerada por essa interposição judiciária,

com repercussões no campo econômico e jurídico, mormente em se tratando de atividades intensamente reguladas pelo Poder Público.

Em relação aos contratos de plano de saúde, tema afeito ao presente trabalho, destaque-se que:

[...] as operadoras de saúde são administradas a partir do pressuposto do mutualismo, ou seja, da contribuição de um grupo de pessoas, em valores prefixados que deverão ser pagos em período de tempo previamente fixado e com rigor no cumprimento do compromisso, para que se possa constituir um fundo comum do qual serão extraídos os valores necessários para o pagamento das despesas que cada um dos contribuintes terá ao longo do período de vigência do contrato¹¹⁽³⁷⁾.

Não se deve perder de vista que, a despeito de guarnecerem direitos fundamentais, as decisões judiciais que imponham tratamentos que não sejam baseados em evidências científicas, a par de sua imprevisibilidade, podem onerar de modo não justificado os planos de saúde, com a possibilidade de acarretar efeitos deletérios para toda a sorte de usuários.

Dessa forma, uma apurada prudência deve ser adotada quando da imposição a particulares de observância de qualquer direito social, e não apenas de um direito à saúde. Isso porque não se pode olvidar que as atividades econômicas privadas podem ficar inviabilizadas acaso absorvam, sem a sinalagmática contraprestação, toda sorte de demandas sociais.

Estrutura de atendimento

O presente tópico discorre sobre a organização do sistema de saúde em torno do tratamento de doenças raras, apresentando os órgãos governamentais que atuam no setor. À luz dos arts. 196 e seguintes da CRFB⁵, a responsabilidade pela garantia do direito à saúde recai sobre todos os entes da federação.

Entretanto, como forma de racionalizar o atendimento, evitando-se desperdícios, sobreposições e, principalmente, lacunas, foi

editada, pelo Ministério da Saúde, a Portaria nº 199/2014¹, que

institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do SUS e institui incentivos financeiros de custeio.

Entre os objetivos da Política Nacional de Atenção Integral às Doenças Raras, previstos no art. 5º da mencionada Portaria, estão

I - garantir a universalidade, a integralidade e a equidade das ações e serviços de saúde em relação às pessoas com doenças raras, com consequente redução da morbidade e mortalidade, [bem como] V - garantir às pessoas com doenças raras, em tempo oportuno, acesso aos meios diagnósticos e terapêuticos disponíveis conforme suas necessidades¹.

Como princípios da Política Nacional, destaque-se que a Portaria, em seu art. 6º, estabelece

IV - garantia de acesso e de qualidade dos serviços, ofertando cuidado integral e atenção multiprofissional, [além da] VI - incorporação e uso de tecnologias [...] que devem ser resultados das recomendações formuladas [...] a partir do processo de avaliação e aprovação pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) [...]¹.

Depreende-se, portanto, que o Estado assumiu a responsabilidade pelo integral, universal e equânime atendimento na seara das doenças raras buscando garantir serviços de qualidade e atenção multiprofissional, levando em consideração os parâmetros ditados pela Conitec.

Sem embargo, no que tange à incorporação de tecnologias e medicamentos, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) assume especial relevo. Criada pela Lei nº 9.782/1999¹², a Anvisa tem por finalidade institucional, conforme o art. 6º,

[...] promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Sem prejuízo, consoante o art. 7º da Lei nº 9.782/1999¹², compete à Anvisa

[...] autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos.

Por seu turno, o art. 8º prevê que

incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, [tais como] medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias¹².

Por sua vez, a Conitec é órgão da estrutura do Ministério da Saúde criado pela Lei nº 12.401/2011 e regulamentado pelo Decreto nº 7.646/2011¹³. Conforme art. 2º do referido Decreto,

[...] a Conitec, órgão colegiado de caráter permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas¹³.

Dentre suas principais atribuições, vale destacar que, nos termos do art. 4º do Decreto nº 7.646/2011, compete à Conitec emitir relatórios sobre “a incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde”¹³, bem como “propor a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Renam”¹³.

A composição da Conitec¹³ é disciplinada pelo art. 7º do mencionado Decreto, pelo qual serão 13 os membros titulares, indicados pelo Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Anvisa, Conselho Nacional de Saúde (CNS), Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e pelo Conselho Federal de Medicina (CFM)¹³.

Para o que é pertinente ao nosso trabalho, a Conitec¹³ exerce o papel de selecionar as tecnologias na área de saúde que serão incorporadas, ou excluídas, no âmbito do SUS. Percebe-se, pois, que a Comissão é órgão especializado, de elevados conhecimentos técnicos. Não obstante, não se deve descurar que há um *deficit* de representatividade popular na composição da Conitec¹³, ao arpejo da própria disposição constitucional, pela qual é diretriz do SUS a participação da comunidade (art. 198, III da CRFB).

Outrossim, dada a sua importância na estrutura organizacional do SUS, dever-se-ia reforçar o caráter independente da Conitec¹³, cogitando-se, por conseguinte, de sua alçada à categoria de Agência Reguladora. Como tal, a Comissão teria natureza jurídica de autarquia, pessoa jurídica de direito público com personalidade própria, de modo a gozar de autonomia técnica e orçamentária, além de que mandatos fixos de seus dirigentes, que não poderiam ser exonerados *ad nutum*.

Dessa forma, as decisões da Conitec seriam, mais ainda, exaradas com autonomia, independentemente da sorte de pressões de atores públicos e particulares, em uma atuação o mais livre possível de conflito de interesses, com o intuito de ver incorporada, ou não, determinada tecnologia. Com efeito, seria medida salutar uma maior representatividade da sociedade civil na diretoria da Comissão – incluindo, por exemplo, associação de pessoas portadores de doenças raras e membros da Academia –, como forma de equilibrar as forças nas deliberações.

Assim, a Conitec poderia, por exemplo, ser um órgão de auxílio à tomada de decisões

judiciais quanto ao pedido de fornecimento de determinados tratamentos de doenças raras, dada a expertise necessária.

Complexo Econômico-Industrial da Saúde

O presente tópico discute o panorama de produção de tecnologia para terapias contra as moléstias raras, debatendo a respeito da economia que pode ser gerada a partir do incremento da capacidade produtiva nacional.

Assim, em relação ao tratamento de doenças raras, a atuação do Estado brasileiro pode ocorrer, resumidamente, por meio de compras públicas; produção de medicamentos em laboratórios públicos; pesquisa e inovação; e incorporação tecnológica.

Com efeito, imperioso o estudo do Ceis, considerando que a existência de uma base tecnológica e produtiva nacional constitui um fator essencial para viabilizar o acesso universal para tratamentos que requerem o cuidado estável em longo prazo, de acordo com protocolos clínicos precisos^{2,14}.

O Ceis abrange as atividades econômicas relacionadas, a par do segmento de serviços na área de saúde, com as indústrias: i) química e biotecnológica, como as farmacêuticas, vacinas, hemoderivados, entre outras; ii) de base mecânica, eletrônica e de materiais, como as relativas a equipamentos e materiais médicos¹⁴.

Sobre o ponto, saliente-se que:

[...] a caracterização do Ceis parte de uma compreensão sistêmica da saúde, que reconhece não somente a demanda da sociedade por bens e serviços como também a base produtiva responsável por sua oferta. O conjunto dessas atividades produtivas e tecnológicas, que mantêm relações intersetoriais de compra e venda de bens e serviços e (ou) de conhecimentos e tecnologias, configura a base produtiva da saúde. A dinâmica entre os segmentos industriais e os serviços referentes à prestação de cuidados à saúde implica uma relação sistêmica entre determinados setores

industriais e serviços sociais, estabelecendo o que atualmente é conhecido como complexo da saúde ou complexo econômico-industrial da saúde¹⁵⁽²²⁾.

Nesse diapasão, dada a abrangência do Ceis, que envolve condicionantes que abarcam desde as pesquisas científicas até as atividades de comercialização, para delineação do presente trabalho, consideraremos o aspecto da produção e comercialização dos medicamentos para tratamento de doenças raras.

Buscar-se-ão, portanto, fundamentos relacionados com a base produtiva e de inovação para que o SUS avance na incorporação tecnológica de maneira organizada e abrangente, sem se afastar de um enfoque racional e sistêmico. Isso porque uma incorporação fragmentada e alternativa, tal como a decorrente da judicialização, em que não são sopesados os aspectos gerais e relevantes da política de atendimento, acarreta efeitos deletérios sob o âmbito orçamentário, o que pode limitar o desenvolvimento em longo prazo do sistema de saúde.

Por conseguinte,

[...] para que o sistema de saúde brasileiro atenda à demanda da população, é necessária a expansão da base produtiva da saúde e a consolidação de uma dinâmica de inovação endógena ao País¹⁵⁽²³⁾.

Em vista disso, sem prejuízo da inerente geração de tecnologia, renda e empregos, o Ceis deve, como apresentado de modo claro em seu conceito, ser pautado pela demanda social de saúde. Dessa maneira, a formulação de políticas públicas deve ser o norte para o funcionamento do sistema, congregando os aspectos econômicos e tecnológicos com o atendimento das demandas sociais.

Destarte, o Estado exerce função relevante, visto que harmonizador dos atores envolvidos, bem como direcionador e indutor das atividades públicas e privadas, com vistas à consecução de políticas públicas de maior

abrangência possível. Há atividades deveras importantes para a sociedade, que não podem ficar dependentes das contingências econômicas privadas, de modo que exsurge imperiosa não apenas a regulação por parte do Estado, mas, igualmente, a própria prestação por parte de entidades estatais.

No caso brasileiro, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS)¹⁶, em 2012, o gasto público anual com saúde foi inferior à média mundial, chegando a ser dez vezes menor se comparado a países desenvolvidos – US\$ 512 por cidadão contra US\$ 615,00.

Outrossim, ainda conforme a OMS¹⁶, em nosso país, os gastos privados alcançam o patamar superior ao dos públicos – na proporção de 57% a 43% dos gastos totais em saúde aproximadamente. A título de comparação, países como Reino Unido, Cuba, Japão, Itália, Alemanha e Espanha possuem participação pública superior a 70%.

Saliente-se, ainda, que os gastos totais em saúde atingiram, em 2015, quase 10% do Produto Interno Bruto (PIB) no Brasil, ao passo que, em países desenvolvidos, a média é de 16%. No caso específico dos gastos públicos, o patamar alcançado é de 3,8% do PIB, estando muito abaixo do patamar mínimo de qualquer outro sistema universal do mundo (em todos os casos, superior a 6,5% do PIB)¹⁷.

Percebe-se, portanto, comparativamente a outros Estados, que há margem para crescimento do investimento público em saúde no Brasil, o que permitiria não apenas o desenvolvimento de políticas públicas para atendimento direto dos usuários do sistema, mas, igualmente, o estímulo às atividades de pesquisa, de desenvolvimento tecnológico e de produção, essenciais para a estabilidade do tratamento de doenças raras.

O tema foi abordado quando da promulgação da Emenda Constitucional de nº 85/2015⁵, que, em relação ao direito à saúde, alterou o art. 200, V da CRFB, ressaltando que é atribuição do SUS “incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação”⁵. Como visto acima,

nos países desenvolvidos, há mais abundância de investimentos, principalmente de origem pública, no setor de saúde, o que redundam em maiores estímulos às atividades de pesquisa e desenvolvimento.

Dessa forma, não se deve perder de vista a dimensão econômica da saúde quando da formulação de políticas públicas, afastando-se a ideia de que os gastos respectivos redundam, inexoravelmente, em despesas. Ao revés, visto que exercem função na geração de conhecimento, renda e empregos.

Para melhor esclarecer o acima exposto, frise-se que se

[...] considera que ciência, tecnologia e inovação em saúde constituem atividades estratégicas não apenas por seu papel na geração de conhecimento – ainda mais no contexto da 3ª Revolução Tecnológica – mas também por sua interface com a dinamização de segmentos produtivos com potencial de geração de investimentos, emprego e renda. Por outro, o reconhecimento da dimensão econômica da saúde, não restrita à ótica do gasto, abre oportunidades para inserir a área em estratégias de desenvolvimento mais amplas. Por exemplo, a implantação ou ampliação de uma planta farmacêutica, o estímulo a fitoderivados, a participação da saúde em centros e polos de geração e difusão de inovações, a instalação de uma nova unidade hospitalar de referência em uma região específica, entre outras, são possibilidades que abrem caminhos para fortalecer a saúde como área estratégica de desenvolvimento¹⁸⁽⁵⁹⁾.

Outrossim, frise-se que o Estado, na qualidade de consumidor, exerce função relevante no mercado de saúde, tendo em vista sua demanda por produtos e serviços, impulsionando o desenvolvimento produtivo e inovativo. Trata-se, pois, de exemplo de atuação indireta do Estado no domínio econômico, por meio do fomento dos investimentos nas áreas de serviços e produção de bens.

Sem prejuízo, a par da atuação como

comprador de produtos e serviços para sua disponibilização universal à população, o Estado exerce função primordial no que tange à regulação do mercado de saúde, mormente em relação às atividades de saúde suplementar.

Com efeito, poder-se-ia cogitar de uma dicotomia inconciliável entre as dimensões econômica e social da saúde. Não obstante, em detida análise, não há, pois, antinomia entre tais realidades. Isso porque, para que os serviços de saúde sejam oferecidos com qualidade à população, é essencial o investimento na base produtiva nacional, mormente por intermédio do Estado, que, como visto, comparativamente a outros países, ainda despende pouco na área. Compete ao Poder Público, pois, conciliar o acesso ao sistema integral de saúde com a lógica econômica inerentes aos agentes do setor produtivo.

Finalizando o presente trabalho, o tema da judicialização deve ser exposto. O termo judicialização da saúde refere-se, em linhas gerais, a uma realidade cotidiana nos tribunais brasileiros, em que são propostas ações judiciais para fins de obtenção de algum serviço ou produto na área de saúde, em face do Estado ou entidades de saúde complementar, tais como internações hospitalares, tratamentos específicos, medicamentos etc.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016, tramitavam, em todo o Brasil, mais de 1,3 milhão de processos judiciais em que se discutiam temas relacionados com a saúde. Tal massificação de demandas judiciais acarreta consequências para dinamização do Ceis, já que pode refrear o desenvolvimento de tecnologias nacionais.

Tal realidade deriva, inexoravelmente, do tratamento constitucional dado aos chamados direitos sociais, incluindo a saúde, uma vez que podem ser reivindicados em face do Estado. Consequentemente, é crescente o protagonismo do Judiciário para efetivação dos direitos relativos à saúde, dado o seu poder de coerção em relação aos administradores públicos.

Outrossim, não se deve olvidar dos efeitos deletérios da chamada judicialização da saúde,

especialmente em relação ao aspecto do direito do cidadão e da base concreta econômica e orçamentária. Sem uma organização institucional que abarque desde as questões atinentes ao acesso racional e sistêmico à saúde até o desenvolvimento tecnológico e produtivo, o Estado, condenado ao fornecimento imediato de determinado produto ou serviço em saúde, acaba por não se organizar para fins da garantia eficiente do acesso e do estímulo à produção e à tecnologia nacional.

Com efeito,

[...] operando sem grande poder de administrar compras e dentro de um mercado monopolizado, o SUS não alcança economias de escala que seriam esperáveis sob outras circunstâncias. Em um sistema de aquisições centralizado é de se esperar que a compra de um maior volume de um medicamento esteja relacionada a um maior poder de barganha e a uma série de economias que, em conjunto, reduzem preços finais¹⁹⁽⁴⁸³⁾.

Por conseguinte, como corolário da judicialização de questões de saúde, a incorporação de novas tecnologias apresenta-se mais fragmentada e desagregada, alheia a uma visão sistêmica e programada, o que gera um aumento de custos, ineficiência de escala e de alocação de recursos, além da diminuição da capacidade de administração das aquisições.

Considerações finais

À guisa de conclusão, registre-se que o direito à saúde é direito fundamental, previsto no texto da CRFB e em tratados internacionais. Não se deve perder de vista que os gastos com saúde podem comprometer parcela expressiva do orçamento nacional, mormente por conta da importação de

medicamento e outros tratamentos. Todavia, o estudo do Ceis, em suas vertentes da inovação e do desenvolvimento produtivo, tem por objetivo último a garantia estrutural do acesso em bases integrais, incluindo a diminuição de custos em bases estáveis, haja vista que a produção de tecnologia no País reduz a dependência e o risco de flutuações na oferta e nos preços, incrementando o acesso e a racionalidade do tratamento das doenças raras no Brasil. O Ceis constitui a contrapartida produtiva e tecnológica do direito à saúde e da integralidade, sendo parte indissociável do direito ao tratamento das doenças raras.

Pretendeu-se registrar que a judicialização da saúde é uma realidade que, embora mitigável, é inafastável, mormente se o Poder Executivo não qualificar sua estruturação e não fornecer subsídios técnicos para a tomada de decisões pelo Judiciário.

Assim, é medida premente a interação do Judiciário com o Poder Executivo e com os órgãos executivos técnicos, de modo a articular a organização do sistema de saúde e de sua base produtiva e tecnológica, o que evitaria, em muitos casos, a prolação de decisões judiciais determinando o fornecimento de remédios ou tratamentos inaptos a esse grupo de doenças. Somente com essa visão sistêmica e com a organização do Estado, além da participação da sociedade civil, será possível garantir o acesso, superando a falsa dicotomia entre o direito à saúde e as ações concretas para sua realização.

Colaboradores

D'Ippolito PIMC (0000-0002-1659-5948)* contribuiu para a concepção geral, levantamento de informações, bibliografia e redação. Gadelha CAG (0000-0002-9148-8819)* contribuiu para a concepção geral, estrutura e revisão da redação final. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Brasil. Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014 [internet]. Brasília, DF: Ministério da Saúde. [acesso em 2019 mar 23]. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0199_30_01_2014.html.
2. Gadelha CAG, Temporão JG. Desenvolvimento, Inovação e Saúde: a perspectiva teórica e política do Complexo Econômico-Industrial da Saúde. *Ciênc. Saúde Colet.* 2018; 23(6):1891-1902.
3. Brasil. Ministério da Saúde. Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Brasília, DF: Ministério da Saúde; 2010.
4. Thomé C. Pacientes com doenças raras enfrentam processos judiciais para terem tratamento [internet]. O Estado de São Paulo. 2016 jun 12. [acesso em 2019 abr 15]. Disponível em: <https://sao-paulo.estado.com.br/noticias/geral/pacientes-com-doencas-raras-enfrentam-processos-judiciais-para-terem-tratamentos,10000056698>.
5. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2019 abr 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
6. Organização das Nações Unidas. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Adotada pela Revolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986 [internet]. [acesso em 2019 jun 11]. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf.
7. Sarlet I, Marinoni LG, Mitidiero D. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva; 2017.
8. Brasil. Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8 [internet]. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal; 2000. [acesso em 2019 abr 15]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>.
9. Rosenvald N. O Ministério Público e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. Salvador: Jus Podivm; 2013. Temas do Ministério Público. n. 4.
10. Brasil. Súmula nº 302 [internet]. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça; 2004 [acesso em 2018 nov 3]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula302.pdf.
11. Carlini A. A judicialização da saúde privada no Brasil: reflexões a partir da segurança jurídica e do protagonismo judicial. In: Rêgo W, coordenador. Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Velloso. Rio de Janeiro: GZ Editora; 2017.
12. Brasil. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 [internet]. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União.* 27 Jan 1999. [acesso em 2019 mar 23]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm.
13. Brasil. Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011 [internet]. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. *Diário Oficial da União.* 22 Dez 2011. [acesso em 2019 mar 23]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm.
14. Gadelha CAG, Barbosa PR, Maldonado JMSV, et al. O Complexo Econômico-Industrial da Saúde: conceitos e características gerais. *Informe CEIS.* 2010; 1(1):1-17.
15. Gadelha CAG, Costa LS, Maldonado JMSV. O complexo econômico-industrial da saúde e a dimensão

- social e econômica do desenvolvimento. *Rev. Saúde Pública*. 2012; 46(supl):21-28.
16. Chade J. Gasto público do Brasil com saúde é inferior à média mundial [internet]. O Estado de São Paulo. 2015 maio 13. [acesso em 2019 maio 14]. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-publico-do-brasil-com-saude-e-inferior-a-media-mundial,1686846>.
17. Brasil. Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil [internet]. Brasília, DF: Secretaria do Tesouro Nacional; 2018. [acesso em 2019 mar 12]. Disponível em: <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/AspectosFiscaisSa%C3%BAde2018/a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4>.
18. Gadelha CAG, Maldonado JMSV, Vargas MA, et al. Complexo econômico-industrial da Saúde. In: Gadelha, CAG, Costa LS, Bahia L, editores. *Saúde, desenvolvimento e inovação*. Rio de Janeiro: Cepesc-IMS/UERJ-Fiocruz; 2015. Volume 2.
19. Diniz D, Medeiros M, Schwartz IVD. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cad. Saúde Pública*. 2012; 28(3):479-489.

Recebido em 11/09/2019

Aprovado em 05/11/2019

Conflito de interesses: inexistente

Suporte financeiro: a pesquisa contou com suporte do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) por meio de bolsa de produtividade de pesquisa para Carlos Augusto Grabois Gadelha. Processo: 310695/2016-3 - Nível PQ-2

As tutelas de urgência com pedidos de saúde em sede de plantão judiciário noturno

The emergency relief with health requests in the night court

Flávia de Azevedo Faria Rezende Chagas¹, Maria Aglaé Tedesco Vilardo², José Carvalho de Noronha³

DOI: 10.1590/0103-11042019S419

RESUMO Este ensaio aborda o tratamento dado pelo judiciário fluminense às demandas de saúde que ingressaram, em sede de plantão judicial noturno, nos meses de janeiro e julho, do ano de 2017, considerando que a judicialização da saúde se trata de um fenômeno que tem aumentado estatisticamente e que o plantão judiciário se tornou uma porta de acesso facilitado aos que buscam tutelas de urgência. No âmbito processual civil, abordam-se os prazos e as multas impostas, bem como os pedidos requeridos. Em especial, analisam-se as tutelas de urgência, trazendo informações sobre a tutela antecipada em caráter antecedente, assim como a necessidade de fundamentação precisa por parte do magistrado e o papel da autonomia médica. A metodologia utilizada foi hipotético-dedutiva, em análise qualitativa, por meio da re-visão doutrinária, jurisprudencial e legislativa. Os resultados evidenciam índices elevados de judicialização em questões de saúde pública e privada.

PALAVRAS-CHAVE Plantão. Justiça social. Judicialização da saúde. Direitos humanos.

ABSTRACT *This essay addresses the treatment given by the Rio de Janeiro Judiciary to the health demands that were filed at the judicial nocturnal duty, in January and July, 2017, considering that the judicialization of health is a phenomenon that has increased statistically, and that the judicial duty has become a way of easy access for those seeking emergency relief. In civil procedural matters, the deadlines and fines imposed, as well as the requests requested are addressed. In particular, we analyze the urgency decisions, bringing information about the anticipated protection in advance, as well as the need for precise justification on the part of the magistrates and the role of medical autonomy. The methodology used was hypothetical-deductive, in qualitative analysis, through doctrinal, jurisprudential and legislative review. The results show high levels of judicialization in public and private health demands.*

KEYWORDS *After-hours care. Social justice. Health's judicialization. Human rights.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
flaviaazevedo@tjrj.jus.br

²Tribunal de Justiça Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.

³Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde (Icict) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Noções introdutórias

Em 2004, com o advento da Emenda Constitucional nº 45¹, conhecida como ‘A Reforma do Poder Judiciário’, estabeleceu-se que:

a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, com juízes em plantão permanente.

Na intenção de ampliar e garantir o acesso à justiça, foi prevista a existência do plantão judicial, garantindo uma prestação jurisdicional ininterrupta, incluindo o período noturno.

Feita uma análise mais concentrada a respeito das decisões proferidas, em sede do plantão judiciário noturno, foi percebido o enorme contingente de demandas cujo objeto jurídico em discussão englobava questões de saúde, na amostra específica do Judiciário fluminense.

O plantão se tornou tão conhecido para resolução de questões de saúde que hoje é chamado pelos corredores do fórum de ‘plantão médico do Judiciário’.

As demandas envolvendo pedidos de saúde só aumentam ano a ano, e ainda é desprezível o apoio técnico nas decisões judiciais. Contudo, na tentativa de amenizar o fenômeno da judicialização e agilizar os procedimentos processuais, entrou em vigor, em abril de 2017, um novo Código de Processo Civil (CPC), com alternativas ao litígio, estímulo à composição e diminuição do número de recursos.

O advento do CPC também destinou especial atenção para o instituto jurídico da tutela provisória, como mecanismo de garantia de direitos reclamados em caráter de urgência. Esse construto jurídico tem alta aplicabilidade nas ações envolvendo a saúde, principalmente naquelas propostas em sede de plantão judiciário noturno.

Neste esboço, a tutela provisória se apresenta como um dos objetos do presente estudo, bem como a judicialização, o ativismo judicial, as indenizações em processos envolvendo

pedidos fundamentados no direito à saúde e algumas tentativas de solução para o problema.

Diante de uma visão de crise nas questões públicas, o plantão noturno do Judiciário fluminense se tornou um meio de acesso à justiça muito procurado pela população em busca de solução rápida para suas demandas e pedidos envolvendo temas de saúde. Todavia, a atuação do magistrado plantonista não escapa de eventuais excessos nos deferimentos das tutelas.

Assim sendo, a presente análise trata dos aspectos procedimentais e legais envolvendo os pedidos de acesso à saúde, bem como perfaz uma quantificação de dados advindos da realidade judiciária, colhidos em um período compreendido entre os meses de janeiro e junho de 2017 e utilizando como amostra os processos distribuídos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) somente em sede de plantão noturno.

O plantão judicial noturno sob o prisma quantitativo dos dados colhidos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

No intuito de mapear dados da judicialização da saúde na realidade fluminense, foram colhidas e analisadas informações de 500 processos com pedidos de saúde distribuídos no TJRJ durante o horário de plantão noturno; para o alcance do número de 500 decisões, foram acompanhadas as decisões referentes aos meses de janeiro e de junho de 2017.

A amostra escolhida abordou a diferença relativa ao tipo de demandas propostas em um intervalo de seis meses, verificando as demandas que foram propostas no mês de janeiro, após, verificaram-se as demandas que foram propostas no mês de junho do mesmo ano de 2017, no intuito de possibilitar uma análise sobre possíveis diferenças entre os pedidos de tutelas de urgência e as decisões de deferimento.

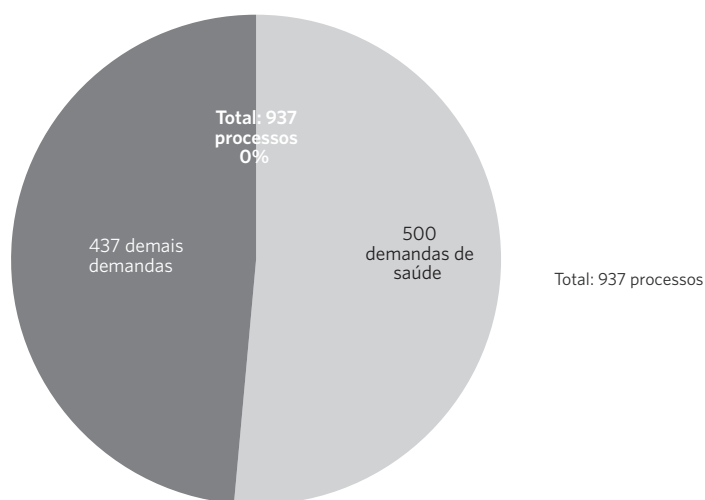
Nos meses de janeiro e junho, o plantão judiciário noturno recebeu um total de 937 demandas, dessas, 500 versavam sobre pedidos envolvendo o direito de acesso à saúde, no espectro público, ou na seara privada da saúde suplementar. As demais demandas trataram de questões criminais, muitas envolvendo violência doméstica e familiar, autorizações para cremação/enterros e lavraturas de certidões de óbitos, como também algumas demandas cíveis e familiares, envolvendo, por exemplo, energia elétrica e busca e apreensão de menores e autorizações de viagem. Desse modo, o *gráfico 1* ilustra que as questões de saúde representam mais da metade das discussões em sede de plantão noturno no TJRJ, totalizando 53% das ações propostas somente nos meses de janeiro e junho do ano de 2017. Tal dado tem o condão de ilustrar o tamanho da judicialização das questões envolvendo a saúde no cenário do plantão

noturno do Judiciário Estadual Fluminense.

Tutelas e pedidos quantificados no plantão judicial noturno

Do total de 500 processos fundados em pedidos de saúde, a maioria foi de propositura da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que se fez presente durante o plantão com o total de 319 demandas; as demais 181 demandas foram ajuizadas por advogados particulares. Verificou-se somente 12 pedidos de tutela provisória de urgência em caráter antecedente, todas propostas por advogados, ou seja, nenhum pedido de tutela provisória em caráter antecedente foi feito pelos Defensores Públicos.

Gráfico 1. Processos distribuídos no plantão noturno do TJRJ nos meses de janeiro e junho de 2017.



Fonte: Elaboração própria.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Insuper encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a respeito da judicialização da saúde no Brasil se apurou que:

Os casos que são representados pela defensoria pública, em que a parte é enquadrada como hipossuficiente e que versem sobre o tema de saúde pública também estão

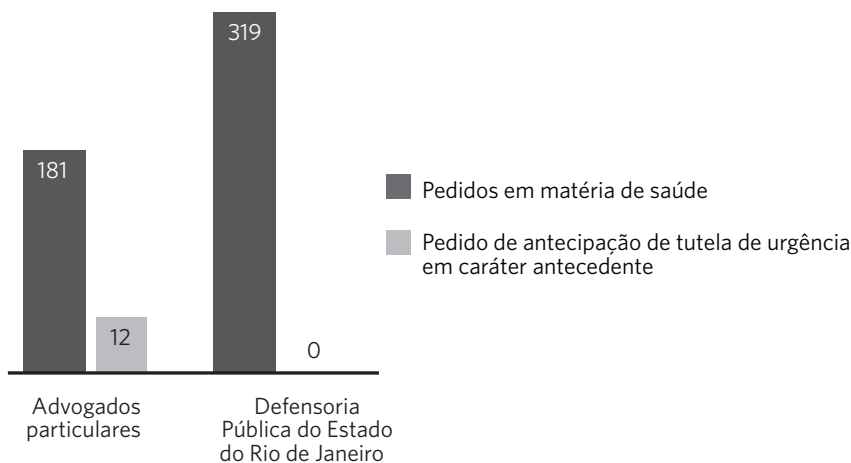
associados, como seria de se esperar, a uma maior probabilidade de sucesso por parte do demandante²⁽¹³⁴⁾.

Outros dados, conforme o *gráfico 2*, foram levantados em relação às atividades e procedimentos complementares realizados concomitantemente à análise dos pedidos principais em saúde durante o plantão judiciário noturno do TJRJ. Assim sendo, do total de 500 de pedidos em saúde, somente 18 pedidos de tutela foram indeferidos, bem como 349 pedidos de indenizações por danos morais foram realizados conjuntamente com os pedidos de saúde.

Do total de 500 pedidos em matéria de saúde, somente em 2 processos houve requerimento prévio de parecer técnico do e-NatJus, e em cinco processos houve juntada de tentativa de solução prévia na Câmara de Resolução de Litígios de Saúde.

Os dados levantados na pesquisa sobre o plantão foram ao encontro da pesquisa encomendada pelo CNJ e divulgada em abril de 2019 na III Jornada de Saúde na qual restou apurado que o TJRJ somente cita o NAT em 2,7% das decisões, em que pese o núcleo ter sido instalado em 2012³.

Gráfico 2. Número de ações por proponente em matéria de saúde no plantão noturno do TJRJ (janeiro e junho de 2017) e o número de pedidos de tutela provisória de urgência em caráter antecedente



Fonte: Elaboração própria.

Além disso, somente em dois processos houve parecer prévio do Ministério Público antes de ser analisado o pedido de antecipação de tutela, que ocorreram quando era pedido alvará para autorização de transfusão de sangue em criança sem consentimento dos pais (testemunhas de Jeová) e quando havia um pedido de transferência (feito pelo próprio plano de saúde) de um idoso para outro hospital sem o consentimento dos familiares.

Dessa forma, verificou-se que o Ministério Público não foi ouvido antes das tutelas de saúde nem mesmo quando há menores ou quando há o descumprimento da tutela pelos órgãos públicos em sede de plantão noturno, e não foi encontrada justificativa para ausência de oitiva do Ministério Público em nenhuma decisão analisada.

Contudo, foi ao Ministério Público, instituição permanente e essencial à função

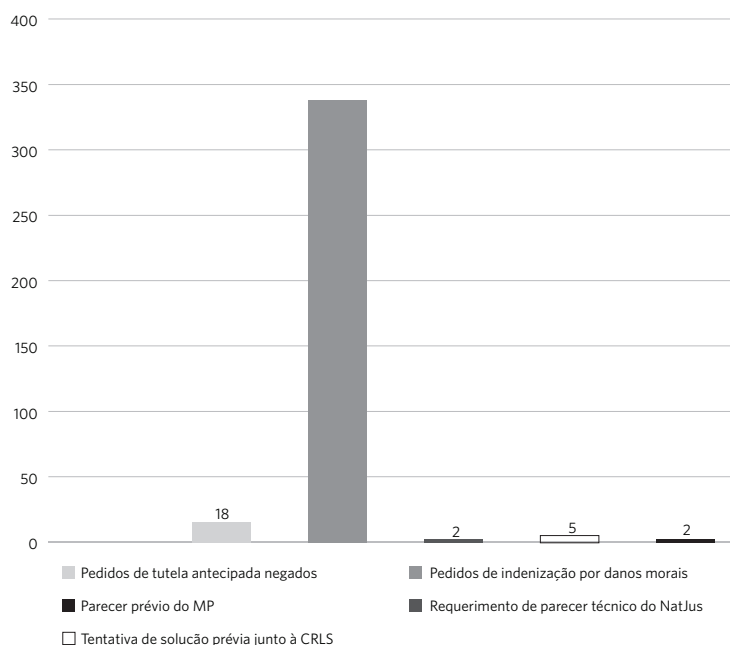
jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127, *caput*, CF), que a Constituição Federal determinou como função institucional a fiscalização do Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos do art. 129, II, da CF/88⁴.

Dessa forma, a caracterização das ações e serviços de saúde como sendo de ‘relevância

pública’ (art. 197 da CF) teve como finalidade precípua identificar o Ministério Público como o seu órgão fiscalizador principal⁵.

Verificou-se ainda que, em janeiro de 2017, foram propostas 197 demandas de saúde no plantão noturno, já em junho de 2017, esse número aumentou para 303 demandas, caracterizando um aumento de 65% no número de ações propostas somente no intervalo de 6 meses.

Gráfico 3. Atividades e procedimentos completos nos pedidos de saúde no plantão judicial noturno do TJRJ - janeiro e junho de 2017



Fonte: Elaboração própria.

Demonstra-se que somente 18 pedidos de tutelas de urgência foram negados dentro do universo de 500 demandas analisadas, um percentual de 3,6%. Desses, 11 pedidos foram negados com fundamentação na ausência de urgência ou na ausência do perigo de dano – 1 referente a um pedido de prótese, 2 referentes a pedidos de medicamentos, 4 referentes a internações, 1 referente a pedido de cirurgia, 2 referentes a transferências de hospitais, 1 referente a exame de biópsia; 7 dos pedidos negados tiveram como fundamentação a

ausência de probabilidade do direito, 5 pedidos de internações e 2 pedidos de *home care*. Observou-se que, dos pedidos negados, 1 foi negado usando o parecer prévio do NatJus, em funcionamento no plantão.

Dos 500 pedidos de saúde, 145 foram pedidos para internação em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), 10 foram para internação em UTI neonatal/pediátrica, 89 foram de internações genéricas, 19 foram para internações coronarianas, 19 pedidos de cateterismo, 15 pedidos de internação com

neurologia, 15 de cirurgia geral, 12 pedidos de medicamentos, 10 pedidos de tomografia, 10 pedidos de próteses, 9 pedidos de tratamento oncológico, 8 pedidos de antibioticoterapia, 7 pedidos de materiais cirúrgicos, 5 pedidos de marcapassos, 5 pedidos de hematologia, 5 pedidos de hemodiálise, 5 pedidos de *home care*, 4 pedidos de neurologia pediátrica, 4 de cirurgia vascular, 3 de internação psiquiátrica, 3 de angioplastia, 3 de cirurgias endovascular, 3 de cirurgias para correção de fratura de fêmur, 2 de cirurgias cardíacas, 2 de cirurgias pediátricas, 2 de cesarianas, 2 de pedidos de pulsão lombar, 1 de tratamento urinário, 1 de vitrectomia, 1 de cirurgia ortopédica, 1 de *pet scan*, 1 de reabilitação, 1 de arteriografia, 1 de cirurgia oncológica, 1 de *stents*, 1 de pedido de transfusão de sangue, 3 de pedidos de entrega de prontuário médico com laudo, 1 de pedido de tratamento reumatológico.

As tutelas de urgência deferidas pelos magistrados tiveram como fundamentação, além do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição da República, o laudo médico que informava urgência do tratamento; e, na grande maioria, quando se tratava de pedidos de UTI, o risco de morte, somente dois tinham como pedido a própria entrega do laudo médico, e 1 pedia a manutenção de plano de saúde como tutela de urgência.

O intervalo de tempo para o cumprimento da tutelas deferidas variou de imediatamente (50 tutelas) ao prazo máximo de 72 horas (1 tutela), havendo ainda o deferimento do prazo de 20 min (2 tutelas); 1 hora (88 tutelas); 2 horas (33 tutelas); 3 horas (9 tutelas); 4 horas (4 tutelas); 5 horas (9 tutelas); 6 horas (30 tutelas); 8 horas (19 tutelas); 24 horas (136 tutelas); 48h (4 tutelas) e ainda 97 tutelas com mais de um prazo estabelecido na mesma decisão.

Com relação às multas impostas, os valores variaram de R\$ 500,00 (8 tutelas) a R\$ 10.000,00 (31 tutelas), prevalecendo o valor de R\$ 1.000,00 (141 tutelas), seguido do valor de R\$ 2.000,00 (79 tutelas); R\$ 5.000,00 (76 tutelas); salário-mínimo (2 tutelas); R\$ 3.000,00 (1 tutela) e R\$7.000,00 (1 tutela); em

130 tutelas houve mais de uma multa imposta para o mesmo pedido.

Houve ainda 14 tutelas cujo descumprimento acarretaria a prisão ou condução a sede policial do responsável pelo descumprimento, esse tipo de sanção foi mais comum nos casos em que houve informação de descumprimento anterior.

O problema das internações privadas às custas dos entes públicos

Na pesquisa, verificou-se o deferimento 112 vezes de buscas por leitos privados ou manutenção em leitos privados à custa do SUS. Logicamente, as consequências do deferimento de internações privadas à custa do Poder Público representam um contexto quase impossível de ser apurado, não se podendo afirmar que alguém tenha morrido por ter havido a reserva de vaga para um jurisdicionado do plantão, contudo, uma das consequências é de fácil constatação, qual seja, o aumento de despesa não prevista para o SUS, destinada de modo individual.

A decisão judicial que determina a verificação de vagas para internação privada à custa dos entes públicos acontece como forma de poder geral de cautela, pois há verdadeira reiteração das tutelas de urgência, já anteriormente deferidas em plantões anteriores, mas não cumpridas no prazo estabelecido.

Dos 112 casos, somente dois pedidos foram indeferidos, sob o argumento de falta de provas dos descumprimentos, todas as demais (110) foram deferidas, em violação ao estabelecido no art. 1, § 5º da Resolução nº 33/2014 do TJRJ⁶ e da resolução 71/2009 do CNJ⁷ que vedam reiteração de pedidos em sede de plantão.

A determinação de internação em hospitais privados indicados pela parte autora ou de conhecimento dos oficiais de justiça lotados no plantão judiciário ganhou tamanha repercussão nacional e gerou tamanho aumento dos custos para o SUS, que o Supremo Tribunal

Federal (STF) vai decidir se a imposição de pagamento pelo Poder Público de preço arbitrado pela unidade hospitalar privada, para ressarcir serviços de saúde prestados por força de decisão judicial, viola o regime de contratação da rede complementar de saúde pública (art.199, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal)⁴, atribuindo à matéria característica de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE 666094) ainda sem julgamento definitivo.

Os pedidos de internações privadas aos custos do Poder Público ganharam tamanha extensão que, dos casos analisados, 23 pessoas ingressaram diretamente nos hospitais privados sem a prévia autorização judicial, e somente após a internação buscaram o Poder Judiciários para pedir transferência para o hospital público ou a dispensa do pagamento do hospital privado, alegando ausência de recursos, solicitando que os custos fossem arcados pelo SUS, mesmo sem qualquer convênio prévio, sendo que tal requerimento foi deferido em 22 pedidos e somente sendo negado uma vez com a seguinte fundamentação, *in verbis*: ‘tanto é evidente a inexistência do direito pretendido – de assistência médica gratuita em hospital particular – que a pretensão fundamental apresentada é a transferência da autora para um hospital da rede pública’⁸.

A determinação para a manutenção de internação privada à custa dos entes públicos também aconteceu em todos os casos nos quais a parte requerente figurava como beneficiária de plano ambulatorial (por exemplo, Memorial Saúde, Notredame, Medical), pois nesses planos, a parte possuía somente o direito ao tratamento na modalidade ambulatorial e emergencial, porém ingressaram no Judiciário em busca de internações prolongadas e leitos em UTI nos hospitais do próprio plano ou em outro local, até que o ente público efetuasse a transferência para algum hospital público.

Todos os pedidos (19) foram deferidos sob a fundamentação de que a entidade privada estaria obrigada a fornecer os serviços sem cobrar do paciente ou de seus familiares, ficando o pagamento sob a responsabilidade dos entes públicos.

A questão das internações em Unidade de Terapia Intensiva

A UTI é um setor hospitalar de alta complexidade, em que se agregam recursos humanos e materiais para realizar suporte avançado de vida em situações críticas e no qual o objetivo é reverter os quadros clínicos graves e propiciar o restabelecimento da condição de saúde do paciente em estado considerado crítico⁹.

Com o intuito de melhor análise sobre o uso de critérios discricionários no deferimento das tutelas de urgência, foi elencado o pedido de internações em leito de UTI, uma vez que se trata do pedido de maior incidência e, provavelmente, o de maior urgência dentro do universo da saúde.

As tutelas de urgência deferidas pelos magistrados tiveram como fundamentação, além do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição da República⁴, o laudo médico que informava urgência do tratamento e, na grande maioria, quando se tratava de pedidos de UTI, o risco de morte.

Na pesquisa realizada sobre o plantão, observou-se que as tutelas para internação em UTI tiveram tempo variado para cumprimento de imediatamente a 24h, sem a exposição do motivo da escolha entre um prazo ou outro.

Assim, com relação ao pedido de internação em UTI, não foi possível verificar um critério estabelecido para o deferimento de um prazo ou outro, já que em nenhuma decisão houve a fundamentação sobre o motivo para ter determinado o prazo ou justificou-se o critério utilizado para escolha do prazo, apenas foi possível observar (mesmo sem justificativa do magistrado) que, quando se tratava de crianças, o prazo para cumprimento foi menor do que o estabelecido para os adultos ou idosos.

A conclusão acima foi bem demonstrada, pois quando no mesmo dia houve pedidos de internações em UTI para adultos e para crianças, o mesmo magistrado deferiu o prazo de 6 horas para adultos e idosos e de 3 horas

para crianças; o padrão se repetiu em pelos menos 5 dias analisados.

Retirada a hipótese de menor prazo para cumprimento da tutela nos casos de crianças no polo ativo, nenhuma outra justificativa pôde ser percebida para haver variação de prazo para cumprimento das tutelas, concluindo que tal critério é estipulado discricionariamente.

Segundo Associação de Medicina Intensiva Brasileira (Amib), o número ideal de leitos de UTI para cada grupo de 10 mil habitantes deve ser de 1 a 3 unidades, recomenda-se que o número de leitos de UTI em um hospital seja proporcional ao número total de leitos da instituição e ao perfil de atendimento.

Um fato que se destaca, a partir da análise dos números do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), é a má distribuição dos leitos públicos e privados e o fato de apenas 505 dos 5.570 municípios brasileiros possuírem UTI. Além disso, dos 27 estados, em 19 a razão de leitos de UTI por habitante na rede pública é inferior ao preconizado pelo próprio Ministério da Saúde. Isso ocorre no estado do Rio de Janeiro.

Contudo, em sendo o número de leitos ainda insuficiente, merece destaque a falta de critérios adequados de triagem para admissão na UTI. É muito comum a admissão na UTI de pacientes em condições muito graves e com baixa perspectiva de benefícios, submetidos, muitas vezes, a intervenções de suporte a diferentes disfunções orgânicas, inúteis ou obstinadas, que podem contribuir para prolongar o processo de morte natural e, algumas vezes, com maior sofrimento dos pacientes.

Por outro lado, pacientes estáveis, necessitando apenas de monitoração, poderiam se beneficiar com o internamento em uma unidade de cuidados intermediários (semi-intensiva), aliviando a sobrecarga das UTI.

A necessidade de internação em UTI de pacientes pode variar e, muitas vezes, suplantar a disponibilidade de leitos, sendo necessário, nesses casos, estabelecer prioridades. As prioridades devem ser baseadas em critérios clínicos, científicos e éticos, visando à beneficência,

a não maleficência e a justiça, preservando, sempre que possível, a autonomia do paciente.

A pesquisa demonstrou ausência de critérios não somente para determinar uma internação, mas também quanto ao prazo para cumprimento e quanto à multa imposta, havendo imposição de multa de R\$ 500,00 a R\$ 10.000,00 para internação em UTI, sem qualquer fundamentação sobre o motivo da escolha do valor por qualquer dos magistrados.

Pacientes graves, mesmo sendo tratados em UTI, ainda apresentam altas taxas de mortalidade e complicações, a depender das características de cada paciente, do tipo e da gravidade da doença.

Pacientes com doenças incuráveis e em fase terminal usualmente não se beneficiam do tratamento em UTI e podem ser tratados com dignidade em outras unidades de internação (enfermaria, apartamentos, unidades intermediárias e unidades de cuidados paliativos).

O art. 41 do Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931/09¹⁰, que diz em seu parágrafo único *in verbis*:

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal¹⁰.

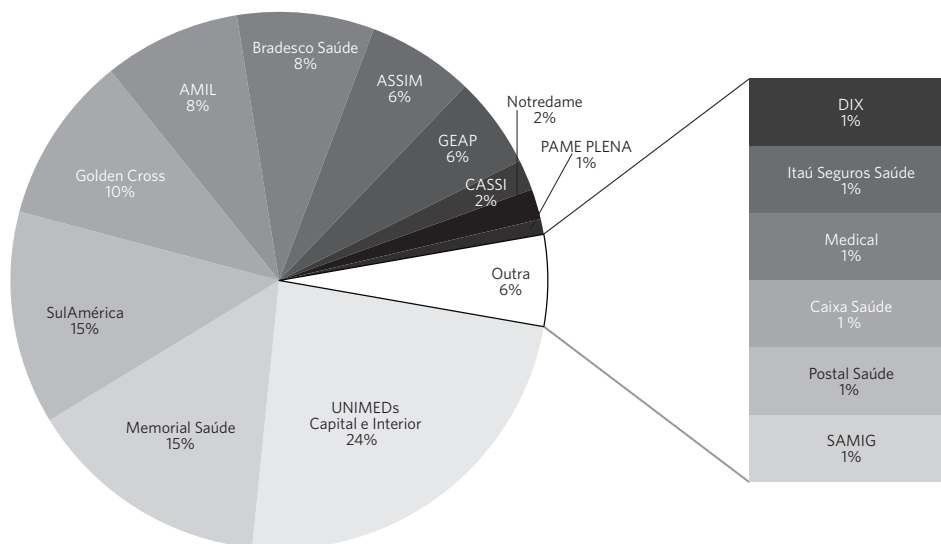
Os pedidos para internação em leito de UTI foram os de maior incidência entre os pesquisados, ultrapassando a metade dos pedidos que ingressaram no plantão. Por isso, a ocupação dos leitos de UTI somente deve ser dada para casos essenciais e necessita ser utilizada com racionalidade, o que é complexo e um grande desafio para médicos e juízes, motivo pelo qual há necessidade de obediência aos critérios técnicos para admissão estabelecidos na Resolução do CFM nº 2.156/2016¹¹ não só pelos médicos prescritores dos pedidos, mas também pelos juízes que determinam a internação.

Demandas de saúde suplementar em números

Na atualidade, muitas são as discussões judiciais envolvendo os planos de saúde suplementar, como demonstram os dados coletados durante o plantão judicial noturno do TJRJ, no qual é possível perceber que as grandes empresas de saúde suplementar figuram no rol das demandas. Assim sendo: das 500 demandas,

114 foram oferecidas em face de planos e seguradoras de saúde, sendo 27 contra as UnimedS (vista como mesmo grupo econômico em todas as demandas); 16 contra a Memorial Saúde; 16 contra a Sulamérica; 12 contra a Golden Cross; 10 contra a Amil; 9 contra a Bradesco; 8 contra a Assim; 7 contra a Geap, 2 contra a Cassi; 2 contra a Notredame; 1 contra a Pame-Plena; 1 contra a Dix, 1 Contra a Itaú Seguros Saúde; 1 contra a Medical, 1 contra a Postal Saúde e 1 contra a Samig (gráfico 4).

Gráfico 4. Principais demandados em saúde suplementar, durante o plantão judiciário noturno, do TJRJ, entre janeiro e junho de 2017



Fonte: Elaboração própria.

Com relação aos planos de saúde, verificou-se que, no plantão judiciário, são deferidos tratamentos fora do rol estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), tais como: tratamentos experimentais fora da rede credenciada; determinação de insumos e próteses fora de procedimentos cirúrgicos; foi determinado o fornecimento de medicamentos; deferiu-se crioblação tumoral e *pet scan*. Esses são exemplos de

procedimentos que foram deferidos fora do rol estabelecido, mas que tiveram como fundamentação um laudo médico atestando a necessidade do procedimento.

Dessa forma, conclui-se que o laudo médico é determinante para obtenção de uma tutela de saúde, pois, havendo indicação médica, os magistrados ignoram a existência do rol da agência reguladora, visto que sequer mencionam a sua existência nas

decisões de concessão de tutelas de urgência analisadas. Portanto, a opinião do médico assistente do paciente é suficiente para formar a convicção do magistrado.

Assim, verifica-se que a segurança jurídica dos contratos e da regulação da ANS não é plenamente satisfatória para todos os usuários, que, por vezes, necessitam ter acesso a procedimentos e medicamentos não previstos no contrato ou no rol da ANS. Todavia, a solução encontrada pela via do Poder Judiciário com decisões individuais que beneficiam apenas um usuário e sinalizam aos demais que eles também poderão se valer dessa alternativa para ter acesso àquilo que originariamente não teriam é uma forma anômala de regulação com sério impacto jurídico e econômico, em especial para os próprios usuários dos planos de saúde¹².

Considerações finais

Diante de uma crise econômica que assola o Brasil e o estado do Rio de Janeiro desde 2014, cada vez mais surgem, ações judiciais a serem apreciadas, demandando dos juízes, uma compreensão rápida e adequada do direito aplicável e dos recursos disponíveis para aumentar a eficácia na solução dos conflitos que versam sobre o direito à saúde.

Nesse sentido, faz-se necessário o aprimoramento do conhecimento do direito sanitário para melhorar o desempenho da justiça na resolução de litígios em saúde. Necessária também é a utilização da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) pela população antes de ingressar no Poder Judiciário, pois a solução do problema de saúde pode ser obtida rapidamente por via de conciliação ou de outros métodos em articulação com secretarias estaduais e municipais de saúde que organizam setores específicos para lidar com os problemas, especialmente os mais simples, porém, como restou demonstrado (*gráfico 3*), somente cinco processos possuíam informação de tentativa de conciliação prévia na CRLS.

Assim, a melhora no desempenho geral dos casos de judicialização da saúde depende do conhecimento mínimo por parte da população e do próprio Poder Judiciário das entidades responsáveis pelo fornecimento e serviços de saúde, pela forma com que se organizam e de suas possibilidades.

As questões de saúde que são trazidas ao Poder Judiciário frequentemente envolvem narrativas sensíveis de uma pessoa em busca da preservação da vida. Por essa razão, é de se esperar que magistrados possam ser afetados no momento de decidir, pressionados pela urgência e relevância da demanda judicial a ser decidida.

A alta sensibilidade social e emocional das demandas de saúde pode levar o magistrado a tomar decisões precipitadas e que não representam a melhor solução do conflito necessariamente, o que pode vir a caracterizar uma situação-problema. Esse impacto pode resultar em concessão de tutelas provisórias quando não é necessária ou quando sequer é recomendável para a própria saúde do demandante, como nos casos em que se determinou internação em UTI fora do protocolo estabelecido na Resolução do CFM nº 2.149/2016.

Certamente, muitas das demandas em saúde são urgentes; e é dever do Estado atendê-las em tempo hábil, devendo o Poder Judiciário intervir com tutelas de urgência quando observada uma omissão. No entanto, não são todas as ações judiciais que demandam uma resposta assim, e tomar uma medida dessa natureza desnecessariamente pode inclusive comprometer a eficiência das ações. Os magistrados devem ser capazes de identificar quais ações demandam uma tutela de urgência e concedê-las quando for necessário.

Essa capacidade pressupõe um respaldo técnico, por exemplo, ao avaliar uma ação cujo requerimento pleiteado versa a respeito do fornecimento de determinado medicamento para o tratamento de uma doença crônica, o qual não é necessariamente urgente, ou que demandas por cirurgias eletivas podem ser decididas em tempo mais elástico por exemplo.

Por essa razão, é importante que o magistrado adquira competências e habilidades para compreender a gravidade da demanda que lhe é submetida e saiba ponderar, bem como consultar os instrumentos a que tem acesso, como os Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde (Nats).

Os juízes precisam desenvolver a capacidade de conhecer e consultar a legislação e demais instrumentos a sua disposição, além de questionar aos médicos prescritores sobre o cumprimento das Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), para decidir de forma precisa, e devem estar preparados para lidar com situações difíceis, que muitas vezes envolvem a vida de uma pessoa, mas ainda assim deve ser capaz de emitir a melhor resposta, não só para o indivíduo, mas também para o sistema público.

Assim, quando o caso envolver questões de saúde, exige-se que, além da visão estabelecida no art. 196 da Constituição Federal de que “ a saúde é direito de todos e dever do Estado”⁴, o juiz possua uma visão macro do sistema de saúde, no qual em nenhuma hipótese admite-se a saúde como direito individual absoluto e ainda mais em desacordo com as diretrizes do SUS ou do rol estabelecido pela ANS para a saúde suplementar, portanto, todo

magistrado ao decidir sobre saúde deve ter conhecimento das leis que regulam o SUS, bem como da Lei nº 9.656 e das resoluções da ANS.

O conceito de saúde estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como completo bem-estar físico, mental e social é uma realidade impossível de ser verificada pelos brasileiros, uma vez que o País sofre com desigualdade social e desordem pública em todos os níveis de governo, o que afeta a qualidade de vida de qualquer cidadão.

Assim sendo, não cabe ao judiciário o papel de salvador da pátria e muito menos o de herói de um homem só, já que não podem os juízes no afã de fazer justiça no caso individual praticar ativismo a ponto de desestruturar procedimentos administrativos instituídos de acordo com a lei para regular o sistema de saúde, seja na esfera pública, seja na saúde suplementar.

Colaboradores

Chagas FAFR (0000-0001-6502-663X)*, Vilardo MAT (0000-0002-6632-2622)* e Noronha JC (0000-0003-0895-6245)* contribuíram igualmente na elaboração do manuscrito. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Brasil. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União. 31 Dez 2004. [acesso em 2019 jan 19]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm.
2. Brasil. Lei nº 13.105 de 2015 [internet]. Código de Processo Civil. [acesso em 2018 nov 13]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.
3. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução [internet]. Brasília, DF: INSPER; 2019. [acesso em 2018 nov 13]. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/relatorio-judicializacao-saude-insper-cnj>.
4. Brasil. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2019 jan 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
5. Mapelli Júnior R. Judicialização da saúde: regime jurídico do sus e intervenção na administração pública. São Paulo: Atheneu; 2017.
6. Rio de Janeiro. Resolução TJ/OE/RJ nº 33 de 3 de novembro de 2014 [internet]. Consolida as normas sobre a prestação jurisdicional ininterrupta, por meio de plantão judiciário permanente, e estabelece regras transitórias para possibilitar obras emergenciais na sede do plantão. Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro. 4 Nov 2014. [acesso em 2018 nov 15]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-33-2014-tjrj.pdf>.
7. Brasil. Resolução nº 71, de 31 de março de 2009 [internet]. Dispõe sobre regime de plantão judiciário em primeiro e segundo grau de jurisdição. Diário da Justiça. 1 Abr 2009. [acesso em 2018 nov 13]. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/24999>.
8. Rio de Janeiro. Decisão judicial TJRJ nº 0014857-53.2017.8.19.0001. Diário de Justiça do Rio de Janeiro. 5 Set. 2019.
9. Tiesenhausen HAVV, Ribeiro MLB. Exposição de motivos da Resolução CFM nº 2.156/2016 [internet]. Brasília, DF: CMF; 2016. [acesso em 2019 fev 12]. Disponível em: Disponível em: http://arquivos.cremesc.org.br/publicacao/revista_127/html/files/assets/common/downloads/page0017.pdf.
10. Conselho Federal de Medicina. Código de ética Médica [internet]. Brasília, DF: CFM; 2009. [acesso em 2019 fev 12]. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>.
11. Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM nº 2.156 de 17 de novembro de 2016. [internet]. Conselho define critérios para melhorar fluxo de atendimento médico em UTIs. Diário Oficial da União. 18 Nov 2016. [acesso em 2019 mar 17]. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26557:2016-11-17-13-28-46&catid=3.
12. Carlini A. A judicialização da saúde privada no Brasil: reflexões a partir da segurança jurídica e do protagonismo judicial. In: Rêgo W. Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas. Rio de Janeiro: GZ; 2017. p. 33-53.

Recebido em 11/09/2019

Aprovado em 8/11/2019

Conflito de interesses: inexistente

Suporte financeiro: não houve

Sistema educacional inclusivo constitucional e o atendimento educacional especializado

Constitutional inclusive education system and specialized educational care

Adriana Marques dos Santos Laia Franco¹, Gabriel Eduardo Schutz²

DOI: 10.1590/0103-11042019S420

RESUMO Este estudo versa sobre o direito constitucional à educação inclusiva. Com base em pesquisa bibliográfica, por meio de livros, leis, decretos, artigos e convenções internacionais, verificou-se que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro adotou o paradigma educacional da inclusão, que prevê a igualdade de condições para o acesso e para a permanência de todos os alunos no ensino regular. A análise da legislação pertinente ao tema mostrou que o sistema educacional inclusivo constitucional, no Brasil, não prevê a existência de ambientes segregados nem de salas especiais. Todos os alunos devem frequentar o ensino regular, sendo ofertado o Atendimento Educacional Especializado, de forma complementar e no turno inverso ao da escolarização, considerando as especificidades dos estudantes com deficiência, de modo a identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação desses alunos.

PALAVRAS-CHAVE Educação. Inclusão educacional. Educação especial. Pessoas com deficiência. Direitos humanos.

ABSTRACT *This study focuses on the constitutional right to inclusive education. Based on bibliographical research, through books, laws, decrees, articles, and international conventions, we could verify that the Brazilian constitutional legal system adopted the educational paradigm of inclusion, which provides equal conditions for the access and permanence of all students in regular education. The analysis of the applicable law showed that the constitutional inclusive educational system, in Brazil, does not provide for the existence of a segregated environment, nor special rooms. All students must attend regular education and should be offered complementary Specialized Educational Assistance in the inverse shift to that of schooling. This assistance should consider the specifics of the students with disability, in order to identify, elaborate, and organize pedagogical and accessibility resources that eliminate the barriers to the full participation of those students.*

KEYWORDS *Education. Mainstreaming education. Special education. Disabled persons. Human rights.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
adrianaiafranco@gmail.com

²Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (Iesc) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

O presente artigo tem por escopo apresentar, na perspectiva dos direitos humanos, as principais características do sistema educacional inclusivo estabelecido constitucionalmente no Brasil.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, a educação especial no Brasil se caracterizou basicamente por ações isoladas, em que o atendimento se destinava mais às deficiências visuais, auditivas e, em menor escala, às deficiências físicas.

Com a promulgação do novo texto constitucional, mais especificamente em seu art. 208, pode-se estabelecer a premente necessidade da inclusão escolar enquanto preceito constitucional, apregoando o atendimento às pessoas com deficiência na Rede Regular de Ensino, garantido o Atendimento Educacional Especializado (AEE) aos usuários da educação especial.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) da Organização das Nações Unidas (ONU), também conhecida como Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil em 2009, reconhece a questão da deficiência como um tema de justiça, direitos humanos e promoção da igualdade¹.

A promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, expressão legal da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência acolhida como emenda constitucional em nosso ordenamento, por meio da promulgação da Lei nº 13.146/2015, traz mais elementos para tutela do direito constitucional à educação especial na rede regular de ensino.

Sabe-se que a escola comum se torna inclusiva quando reconhece as diferenças dos alunos diante do processo educativo e busca a participação e o progresso de todos, adotando novas práticas pedagógicas. Não é fácil e imediata a adoção dessas novas práticas, pois ela depende de mudanças que vão além da escola e da sala de aula.

Para que essa escola possa se concretizar, é patente a necessidade de atualização e desenvolvimento de novos conceitos, assim como a redefinição e a aplicação de alternativas e

práticas pedagógicas e educacionais compatíveis com a inclusão.

A adoção de um modelo escolar inclusivo exige que o professor rompa com seus posicionamentos sobre o desempenho escolar padronizado e homogêneo dos alunos e desempenhe o seu papel formador, que não mais se restringirá a ensinar somente a uma parcela dos alunos que conseguem atingir o desempenho exemplar esperado pela escola. Assim, ensinará a todos indistintamente.

Da mesma forma, exige-se dos operadores do direito um posicionamento consentâneo com o caráter constitucional da educação inclusiva, atuando na interpretação da lei, não só tutelando o acesso à escola como também a permanência e a participação dos alunos.

Os direitos ao acesso e à permanência os pais já entenderam, e têm sabido buscá-los de forma efetiva. É com felicidade que vemos que as famílias dos alunos em situação de deficiência estão cada vez mais atentas ao regramento de tutela dos direitos relativos à educação especial, na perspectiva da inclusão. No entanto, no que se refere à participação, as famílias nem sempre conseguem identificar o que falta à escola para que os alunos possam ter ganhos relativos à inclusão escolar.

Esses ganhos não podem ser conseguidos a partir de uma diferenciação pela deficiência, que é o que ocorre em muitas situações em que o aluno da educação especial é atendido na sala de aula. Essas situações vão desde a presença de um professor de apoio exclusivo aos currículos e atividades ditas personalizadas, individualizadas, adaptadas unicamente para esse aluno.

Verifica-se uma demanda crescente por parte dos pais dos alunos da educação especial no sentido de as escolas fornecerem o que chamam de ‘mediador escolar’.

Esse pleito, além de, em muitos casos, acarretar a contratação desnecessária de profissionais que não possibilitarão ganhos de aprendizado ao aluno, demonstra o desconhecimento desses pais acerca do direito constitucional ao AEE, prestado por professores com formação hábil

a viabilizar a participação efetiva do aluno na sala de aula comum, com ganhos pedagógicos.

Como se verá – na medida do possível, dados os limites da extensão deste trabalho –, a participação dos alunos da educação especial na escola comum é construída e efetivada por meio do AEE, em horário oposto ao período de aulas do turno regular, devendo o professor do AEE estudar o caso de cada aluno que lhe é encaminhado pela escola – em conjunto com a família e outros profissionais externos que o estejam atendendo –, e avaliar se esse aluno é ou não público-alvo do serviço.

Ao professor do AEE, cabe pesquisar, produzir e propor a aquisição de recursos, ajudas técnicas, tecnologia assistiva e demais apoios que eliminam as barreiras identificadas na comunicação, mobilidade, interação, acesso e permanência dos alunos da educação especial nas escolas comuns. Assim, também, deverá o professor do AEE acompanhar o processo de inserção do seu aluno na sala de aula comum e o uso dos recursos/tecnologias por ele propostos no plano individual do aluno para eliminação das barreiras à participação desse educando nas atividades com seus pares, na sala de aula comum, no turno regular.

Breve visão histórica

No final dos anos 1970, o movimento associativo das pessoas com deficiência ganhou visibilidade, de modo que estas tornaram-se ativos agentes políticos na busca por transformação da sociedade. O desejo de serem protagonistas políticos motivou uma mobilização nacional, alimentada pela conjuntura da época. Esse processo se reflete na Constituição Federal promulgada em 1988. A Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), envolvida no espírito dos novos movimentos sociais, foi a mais democrática da história do Brasil, com canais abertos e legítimos de participação popular.

Novos movimentos sociais, entre os quais, o movimento político das pessoas com deficiência, saíram do anonimato e, na esteira da abertura política, uniram esforços, formaram novas

organizações, articularam-se nacionalmente e criaram estratégias de luta para reivindicar igualdade de oportunidades e garantias de direitos. Outro fator relevante foi a decisão da ONU de proclamar 1981 como o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência (AIPD), fato que colocou as pessoas com deficiência no centro das discussões, no mundo e também no Brasil².

É importante salientar, com relação a expressão ‘pessoa com deficiência’, que ela é para destacar que o ato de falar ultrapassa a simples exteriorização de pensamentos ou a descrição de aspectos de dada realidade. As palavras usadas para nomear as pessoas com deficiência comportam uma visão valorativa que traduz as percepções da época em que foram cunhadas.

Para os novos movimentos sociais e suas políticas de identidade, as palavras são instrumentos importantes de luta política. A busca por novas denominações reflete a intenção de rompimento com as premissas de menos-valia que até então embasavam a visão sobre a deficiência. Termos genéricos, como ‘inválidos’, ‘incapazes’, ‘aleijados’ e ‘defeituosos’, foram amplamente utilizados e difundidos até meados do século XX, indicando a percepção dessas pessoas como um fardo social, inútil e sem valor.

Ao se organizarem como movimento social, as pessoas com deficiência buscaram novas denominações que pudessem romper com essa imagem negativa que as excluía. O primeiro passo nessa direção foi a expressão ‘pessoas deficientes’, que o movimento usou quando da sua organização no final da década de 1970 e início da década de 1980, por influência do AIPD. A inclusão do substantivo ‘pessoa’ era uma forma de evitar a coisificação, contrapondo-se à inferiorização e a desvalorização associadas aos termos pejorativos usados até então.

Posteriormente, foi incorporada a expressão ‘pessoas portadoras de deficiência’, com o objetivo de identificar a deficiência como um detalhe da pessoa. A expressão foi adotada na Constituição Federal de 1988 e nas Constituições estaduais, bem como em todas as leis e políticas pertinentes ao campo das deficiências. Conselhos,

coordenadorias e associações passaram a incluir essa expressão em seus documentos oficiais.

Eufemismos foram adotados, tais como: ‘pessoas com necessidades especiais’ e ‘portadores de necessidades especiais’. A crítica do movimento a esses eufemismos se deve ao fato de o adjetivo ‘especial’ criar uma categoria que não combina com a luta por inclusão e por equiparação de direitos. Para o movimento, com a luta política, não se busca ser ‘especial’, mas, sim, ser cidadão. A condição de ‘portador’ passou a ser questionada pelo movimento por transmitir a ideia de a deficiência ser algo que se porta e, portanto, não faz parte da pessoa. Além disso, enfatiza a deficiência em detrimento do ser humano.

Dessa forma, ‘pessoa com deficiência’ passou a ser então a expressão adotada contemporaneamente para designar esse grupo social. Em oposição à expressão ‘pessoa portadora’, ‘pessoa com deficiência’ demonstra que a deficiência faz parte do corpo e, principalmente, humaniza a denominação. Ser ‘pessoa com deficiência’ é, antes de tudo, ser pessoa humana. É também uma tentativa de diminuir o estigma causado pela deficiência. A expressão foi consagrada pela CDPD, da ONU, em 2006².

A Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva

A Constituição Brasileira de 1988, mais especificamente em seu art. 208, estabelece a premente necessidade da inclusão escolar enquanto preceito constitucional, apregoando o atendimento às pessoas com deficiência, na Rede Regular de Ensino.

Após 2009 – com a ratificação pelo Brasil da CDPD da ONU, a inclusão do aluno com deficiência no âmbito da escola regular assim como o oferecimento do AEE no contraturno escolar ganharam status de direito constitucional.

Em decorrência desse processo, a antiga concepção de educação especial (substitutiva

à escola comum) deu lugar à concepção vigente na atual Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (PNEEPEI), que completa 10 anos em 2018. Desde seu advento, a educação especial passou a ser uma modalidade transversal a todos os níveis, etapas e modalidades de ensino, ou seja, não mais substitutiva à escola. Seu papel passou a ser, em essência, oferecer recursos, serviços e estratégias de acessibilidade para promover a inclusão escolar.

Nessa perspectiva, o Ministério da Educação/Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão editou a PNEEPEI, que acompanha os avanços do conhecimento e das lutas sociais, visando constituir políticas públicas promotoras de uma educação de qualidade para todos os estudantes³.

A PNEEPEI de 2008 representa um novo marco teórico e político na educação brasileira. Esse documento define a educação especial como modalidade não substitutiva à escolarização; estabelece o caráter complementar e suplementar do AEE à formação dos estudantes e determina o público-alvo da educação especial, constituído pelos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação. Na elaboração dessa política, foi seguido o preceito de uma escola em que cada aluno tenha a possibilidade de aprender, a partir de suas aptidões e capacidades. Dessa forma, a educação especial se volta atualmente à tarefa de complementar/suplementar à formação dos alunos que constituem seu público-alvo, por meio do ensino de conteúdos e utilização de recursos que lhes conferem a possibilidade de acesso, permanência e participação nas turmas comuns de ensino regular, com autonomia e independência.

O estudo da publicação ‘A consolidação da inclusão escolar no Brasil’, de autoria da pesquisadora Martinha Clarete Dutra dos Santos (Diretora de Políticas de Educação Especial do Ministério da Educação no período de 2009 –2016), permite extrair uma rica descrição da PNEEPEI⁴.

Objetivo da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva

A PNEEPEI tem como objetivo o acesso, a participação e a aprendizagem dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação nas escolas comuns, orientando os sistemas de ensino para promover respostas às necessidades educacionais, garantindo:

- a) Transversalidade da educação especial desde a educação infantil até a educação superior;
- b) AEE;
- c) Continuidade da escolarização nos níveis mais elevados do ensino;
- d) Formação de professores para o AEE e demais profissionais da educação para a inclusão escolar;
- e) Participação da família e da comunidade;
- f) Acessibilidade urbanística, arquitetônica, nos mobiliários e equipamentos, nos transportes, na comunicação e informação; e
- g) Articulação intersetorial na implementação das políticas públicas⁴.

Diretrizes da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva

As diretrizes da PNEEPEI se fundamentam na diferenciação para incluir e são extensivas a todas as ações e serviços da educação especial, devendo estar presentes,

transversalmente, em todas as modalidades e níveis de ensino⁵.

A educação especial é uma modalidade de ensino que perpassa todos os níveis do sistema educacional, realiza o AEE, disponibiliza os serviços e recursos próprios desse atendimento e orienta os alunos e seus professores quanto a sua utilização nas turmas comuns do ensino regular. O serviço de AEE identifica, elabora e organiza recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação dos alunos, considerando as suas necessidades específicas. As atividades desenvolvidas no AEE diferenciam-se daquelas realizadas na sala de aula comum, e não são substitutivas à escolarização. Esse atendimento complementa e/ou suplementa a formação dos alunos com vistas à autonomia e independência na escola e fora dela.

O AEE deve estar articulado com a proposta pedagógica do ensino comum ao longo de todo processo de escolarização (documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria nº 555/2007, prorrogada pela Portaria nº 948/2007, entregue ao Ministro da Educação em 07 de janeiro de 2008)⁶.

Consideram-se serviços e recursos da educação especial aqueles que asseguram condições de acesso ao currículo por meio da promoção da acessibilidade aos materiais didáticos, aos espaços e equipamentos, aos sistemas de comunicação e informação e ao conjunto das atividades escolares.

Salas de Recursos Multifuncionais

As Salas de Recursos Multifuncionais são espaços localizados nas escolas de educação básica, onde se realiza o AEE. Essas salas são organizadas com mobiliários, materiais didáticos e pedagógicos, recursos de acessibilidade e equipamentos específicos para o atendimento aos alunos público-alvo da educação especial, em turno contrário à escolarização.

São atendidos, nas Salas de Recursos Multifuncionais, alunos público-alvo da educação especial, conforme estabelecido na PNEEPEI e no Decreto nº 6.571/2008³.

- Alunos com deficiência: aqueles que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas⁶.
- Alunos com transtornos globais do desenvolvimento: aqueles que apresentam alterações qualitativas das interações sociais recíprocas e na comunicação, um repertório de interesses e atividades restrito, estereotipado e repetitivo. Incluem-se nesse grupo alunos com autismo, síndromes do espectro do autismo e psicose infantil⁷.
- Alunos com altas habilidades/superdotação: aqueles que demonstram potencial elevado em qualquer uma das seguintes áreas, isoladas ou combinadas: intelectual, acadêmica, liderança, psicomotricidade e artes, além de apresentar grande criatividade, envolvimento na aprendizagem e realização de tarefas em áreas de seu interesse⁷.

Funções do professor do Atendimento Educacional Especializado

Os planos de AEE devem ser elaborados individualmente, para cada aluno, e resultam das escolhas do professor quanto aos recursos, equipamentos, apoios mais adequados para que possam eliminar as barreiras que impedem o aluno de ter acesso ao que lhe é ensinado na sua turma da escola comum, garantindo-lhe a participação no processo escolar e na vida social, segundo suas capacidades. Esse atendimento tem funções próprias do ensino

especial, as quais não se destinam a substituir o ensino comum nem mesmo a fazer adaptações aos currículos, às avaliações de desempenho e a outros. É importante salientar que o AEE não se confunde com reforço escolar. O professor de AEE acompanha a trajetória acadêmica de seus alunos, no ensino regular, para atuar com autonomia na escola e em outros espaços de sua vida social. Para tanto, é imprescindível uma articulação entre o professor de AEE e os do ensino comum.

Na perspectiva da inclusão escolar, o professor da educação especial não é mais um especialista em uma área específica, suas atividades desenvolvem-se dentro da própria escola (salvo casos em que a escola tiver convênio público para AEE em local externo), cabendo-lhes, no AEE aos alunos, as seguintes atribuições:

- a) identificar, elaborar, produzir e organizar serviços, recursos pedagógicos, de acessibilidade e estratégias, considerando as necessidades específicas dos alunos de forma a construir um plano de atuação para eliminá-las⁸.
- b) Reconhecer as necessidades e habilidades do aluno. Ao identificar certas necessidades do aluno, o professor de AEE reconhece também as suas habilidades e, a partir de ambas, traça o seu plano de atendimento. Se ele identifica necessidade de comunicação alternativa para o aluno, indica recursos como a prancha de comunicação, por exemplo; se observa que o aluno movimenta a cabeça, consegue apontar com o dedo, pisca, essas habilidades são consideradas por ele para a seleção e organização de recursos educacionais e de acessibilidade. Com base nesses dados, o professor elaborará o plano de AEE, definindo o tipo de atendimento para o aluno, os materiais que deverão ser produzidos, a frequência do aluno ao atendimento, entre outros elementos constituintes desse plano. Outros dados poderão ser coletados pelo professor em articulação com o professor da sala de aula e demais colegas da escola.

c) Produzir materiais tais como textos transcritos, materiais didático-pedagógicos adequados, textos ampliados, gravados, como, também, poderá indicar a utilização de softwares e outros recursos tecnológicos disponíveis.

d) Elaborar e executar o plano de AEE, avaliando a funcionalidade e a aplicabilidade dos recursos educacionais e de acessibilidade⁸. Na execução do plano de AEE, o professor terá condições de saber se o recurso de acessibilidade proposto promove participação do aluno nas atividades escolares. O plano, portanto, deverá ser constantemente revisado e atualizado, buscando-se sempre o melhor para o aluno e considerando que cada um deve ser atendido em suas particularidades.

e) Organizar o tipo e o número de atendimentos⁸. O professor seleciona o tipo do atendimento, organizando, quando necessários, materiais e recursos de modo que o aluno possa aprender a utilizá-los segundo suas habilidades e funcionalidades. O número de atendimentos semanais/mensais varia para caso. O professor vai prolongar o tempo ou antecipar o desligamento do aluno do AEE, conforme a evolução do aluno.

f) Acompanhar a funcionalidade e a aplicabilidade dos recursos pedagógicos e de acessibilidade na sala de aula comum do ensino regular, bem como em outros ambientes da escola⁸. O professor do AEE observa a funcionalidade e aplicabilidade dos recursos na sala de aula, as distorções, a pertinência, os limites desses recursos nesse e em outros ambientes escolares, orientando, também, as famílias e os colegas de turma quanto ao uso dos recursos. O professor de sala de aula informa e avalia juntamente com o professor do AEE se os serviços e recursos do Atendimento estão garantindo participação do aluno nas atividades escolares. Com base nessas informações, são reformuladas as ações e estabelecidas novas estratégias e recursos, bem como refeito o plano de AEE para o aluno.

g) Ensinar e usar recursos de Tecnologia Assistiva, tais como: as tecnologias da informação e comunicação, a comunicação alternativa e aumentativa, a informática acessível, o soroban, os recursos ópticos e não ópticos, os *softwares* específicos, os códigos e linguagens, as atividades de orientação e mobilidade⁸.

h) Promover atividades e espaços de participação da família e a interface com os serviços de saúde, assistência social e outros⁸.

Destaque-se ainda que o papel do professor do AEE não deve ser confundido com o papel dos profissionais do atendimento clínico, embora suas atribuições possam ter articulações com profissionais das áreas da medicina, psicologia, fisioterapia, fonoaudiologia e outras afins. O AEE também estabelece interlocuções com os profissionais da arquitetura, engenharia, informática.

No decorrer da elaboração e desenvolvimento dos planos de atendimento para cada aluno, o professor de AEE se apropria de novos conteúdos e recursos que ampliam seu conhecimento para a atuação na Sala de Recursos Multifuncional.

São conteúdos do AEE: Língua Brasileira de Sinais (Libras) e Libras tátil; Alfabeto digital; Tadoma; Língua Portuguesa na modalidade escrita; Sistema Braille; Orientação e mobilidade; Informática acessível; Sorobã (ábaco); Estimulação visual; Comunicação Alternativa e Aumentativa (CAA); Desenvolvimento de processos educativos que favoreçam a atividade cognitiva.

São recursos do AEE: Materiais didáticos e pedagógicos acessíveis (livros, desenhos, mapas, gráficos e jogos táteis, em Libras, em Braille, em caráter ampliado, com contraste visual, imagéticos, digitais, entre outros); Tecnologias de Informação e de Comunicação (Tics) acessíveis (mouses e acionadores, teclados com colmeias, sintetizadores de voz, linha Braille, entre outros); e Recursos ópticos; pranchas de CAA, engrossadores de lápis, ponteira de

cabeça, plano inclinado, tesouras acessíveis, quadro magnético com letras imantadas, entre outros.

O desenvolvimento dos processos de ensino e de aprendizagem é favorecido pela participação da família dos alunos. Para elaborar e realizar os Planos de AEE, o professor necessita dessa parceria em todos os momentos. Reuniões, visitas e entrevistas fazem parte das etapas pelas quais os professores de AEE estabelecem contatos com as famílias de seus alunos, colhendo informações, repassando outras e estabelecendo laços de cooperação e de compromissos⁹.

Cabe aqui destacar ainda, como importante função do professor do AEE, a avaliação, em cada caso, da necessidade do aluno em ser acompanhado por um profissional de apoio escolar. Como já foi mencionado, para que a inclusão seja efetiva, são necessários diversos recursos: a parceria entre o AEE e os professores de sala de aula, o amparo das famílias e o investimento em acessibilidade.

Em alguns casos, no entanto, é preciso ainda um elemento a mais: o profissional de apoio escolar. Trata-se de um profissional que acompanha o aluno diariamente, contribuindo para a compreensão de suas características e eliminando barreiras que o impedem de se inserir na vida escolar. Assim, ele complementa o trabalho do educador responsável pela turma, bem como pelo trabalho do professor do AEE.

É muito importante destacar que nem todos que têm Necessidades Educacionais Especiais (NEE) precisam de um auxiliar. Da mesma forma, aqueles alunos que hoje precisam desse acompanhamento, com o passar do tempo, podem ir vencendo antigas barreiras e deixar de precisar desse serviço.

O profissional de apoio escolar – comumente chamado de mediador, quando sua atividade se relaciona com a parte pedagógica – entra em cena quando há algum impedimento à inclusão. Em certos casos, a criança necessita de alguém que a acompanhe em classe, flexibilizando as aulas. Em outros, requer ajuda em questões motoras, com exercícios específicos e adaptações para a escrita. Há ainda alunos que só conseguem frequentar

a escola se têm apoio para locomoção, higiene e alimentação, e demandam uma pessoa capacitada para fazer esse atendimento da forma correta, evitando lesões e constrangimentos.

Para cada uma dessas situações, há um profissional que melhor atende às necessidades dos alunos – podendo ser um professor auxiliar, um especialista em inclusão, um estagiário de pedagogia ou psicologia, ou alguém da área de saúde. No entanto, como as escolas podem fazer para lidar com um quadro tão complexo?

O primeiro passo é conhecer bem os alunos com necessidades educacionais especiais, encaminhando-os ao AEE. As características individuais desses alunos serão determinantes para a avaliação de quais e quantos profissionais devem ser contratados.

O passo seguinte é identificar o que a Secretaria de Educação pode oferecer e checar a possibilidade de firmar parcerias com outras instituições, como as de saúde e assistência social, que estão aptas a prestar serviços às escolas. Contratado o profissional de apoio escolar, é preciso incluí-lo na rotina escolar e garantir que ele participe das reuniões pedagógicas. Em contato com o restante da equipe, ele consegue ter um olhar geral sobre o trabalho pedagógico, o que ajuda quando está em sala de aula com o aluno. Ao mesmo tempo, ele compartilha com a equipe informações sobre o desenvolvimento da criança que acompanha. Muitas vezes, é nesse momento que os professores de sala de aula conhecem melhor os estudantes que participam do AEE.

Ademais, a presença do profissional de apoio escolar nas reuniões pedagógicas contribui também para evitar o isolamento dele em relação ao restante do grupo. O ideal é que esse profissional conte com o apoio dos colegas – em especial, do responsável pelo em especial, do responsável pelo AEE – para formular as atividades e encontrar soluções eficientes para que cada aluno seja incluído e aprenda.

Por fim, é preciso ter claras as regras que pautam a relação entre auxiliar e aluno. O profissional de apoio escolar deve garantir condições para que a criança frequente as aulas

e aprenda, mas tem de ajudá-la a desenvolver autonomia, estimulando-a a tentar fazer as atividades por si mesmas, sempre que isso se mostrar possível de ser alcançado¹⁰.

Trabalho conjunto entre o professor do Atendimento Educacional Especializado e o professor da sala de aula comum

Os professores comuns e os da educação especial precisam se envolver para que seus objetivos específicos de ensino sejam alcançados, compartilhando um trabalho interdisciplinar e colaborativo. As frentes de trabalho de cada professor são distintas: ao professor da sala de aula comum, é atribuído o ensino das áreas do conhecimento, e ao professor do AEE, cabe complementar/suplementar a formação do aluno com conhecimentos e recursos específicos que eliminam as barreiras que impedem ou limitam sua participação com autonomia e independência nas turmas comuns do ensino regular.

As funções do professor de educação especial são abertas à articulação com as atividades desenvolvidas por professores, coordenadores pedagógicos, supervisores e gestores das escolas comuns, tendo em vista o benefício dos alunos e a melhoria da qualidade de ensino, como por exemplo:

- a elaboração conjunta de planos de trabalho durante a construção do projeto pedagógico, em que a educação especial não é um tópico à parte da programação escolar;
- o estudo e a identificação do problema pelo qual um aluno é encaminhado à educação especial;
- a discussão dos planos de AEE com todos os membros da equipe escolar;
- o desenvolvimento em parceria de recursos

e materiais didáticos para o atendimento do aluno em sala de aula e o acompanhamento conjunto da utilização dos recursos e do progresso do aluno no processo de aprendizagem;

- a formação continuada dos professores e demais membros da equipe escolar, entremeando tópicos do ensino especial e comum, como condição da melhoria do atendimento aos alunos em geral e do conhecimento mais detalhado de alguns alunos em especial, por meio do questionamento das diferenças e do que pode promover a exclusão escolar⁹.

Período do Atendimento Educacional Especializado

A Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009³, deixa claro que o AEE será realizado no turno inverso da escolarização (contraturno), impondo-se às escolas a efetivação de duas matrículas no caso dos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação: uma nas classes comuns do ensino regular e a segunda no AEE.

Considerações finais

A luta por igualdade e pelos direitos das pessoas com deficiência não é recente e se insere em um processo de reconhecimento e legitimação.

A leitura dos documentos históricos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, em especial, os registros das Atas das reuniões da Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, ocorridas entre os meses de abril e maio 1987, documentam a participação do representante do Fórum Nacional das Pessoas Portadoras de Deficiência e da Secretaria de Assuntos Constituintes da Organização Nacional de Entidades de Deficientes Físicos, professor Paulo Roberto Guimarães Moreira, no movimento constitucional.

Em um de seus momentos de fala, o

representante do Fórum Nacional das Pessoas Portadoras de Deficiência e da Secretaria de Assuntos Constituintes da Organização Nacional de Entidades de Deficientes Físicos estabelece a agenda política daquele grupo e deixa claro que, no tocante à inserção da educação especial na Constituição Federal de 1988, naquele primeiro momento, desejava-se garantir a educação especial possível para, em momento posterior, com a construção sociocultural que adviria da nova realidade constitucional, avançar no sentido do sistema educacional regular inclusivo, que colocará fim à segregação.

Quase 20 anos depois de promulgada a Constituição de 1988, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), expressão legal da CDPD acolhida como emenda constitucional em nosso ordenamento, desafia uma cultura ainda vigente no País que é a invisibilidade, na medida em que essas pessoas têm seus direitos sistematicamente desrespeitados, inclusive pelo próprio Poder Público, que, em um círculo vicioso de omissão, mantém esse grupo vulnerável à margem da proteção legalmente estabelecida.

Os dez anos de vigência da PNEEPEI foram essenciais para que as famílias, que antes só buscavam as escolas e classes especiais, passassem a matricular seus filhos com deficiência nas escolas comuns. Isso desestabilizou dirigentes e muitos profissionais de instituições especializadas que se recusaram, ao longo dessa década, a abrir mão da escola especial e de outros locais de segregação para a formação (*ad aeternum*) de pessoas com deficiência.

Paralelamente a isso, as escolas particulares fazem questão sobre o peso do custo da educação inclusiva, especialmente a manutenção do AEE no contraturno. Nesse ponto, merece destaque que o art. 9º A, do Decreto nº 6.253/2007, permite a dupla matrícula dos estudantes da rede pública que recebem AEE, por meio da destinação de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb). Tal subsídio não foi estendido às escolas particulares, que, conforme decidido pelo

Superior Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADIN ADI 5357 MC-REF/DF, devem arcar com os custos da educação inclusiva.

Provavelmente seja por força dessas pressões políticas que ainda se tenha tanta dificuldade para que o instituto do AEE receba a devida atenção no âmbito da atividade das escolas regulares, na prática da função fiscalizadora do Ministério da Educação e dos Ministérios Públicos Federais e Estaduais.

Impõe-se aqui uma reflexão acerca do conteúdo político presente na decisão da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5357, quando explicita que o custeio do AEE não pode ser repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.

Assim é que a discussão sobre responsabilidade pelo custo do AEE só se sustenta em um contexto social que não rompeu com a lógica da caridade, na medida em que ainda entende a inclusão como um favor, uma concessão ou uma deferência à pessoa com deficiência.

No entanto, não é este o conteúdo político da decisão do STF. Observe-se que, no mesmo momento em que o STF, intérprete das normas constitucionais, decide sobre quem deve arcar com o custo da inclusão, também deixa clara sua posição política no sentido da interpretação da inclusão como reconstrução do modelo escolar brasileiro.

Nessa toada, a nosso ver, não há sequer que se falar em custo do AEE, mas, sim, em investimento na reconstrução do sistema escolar para o alcance futuro de uma sociedade plural e justa.

A boa notícia é que, conforme Pesquisa Censo do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), após 10 anos da publicação do Plano Nacional de educação especial, 79,9% dos alunos em situação de deficiência migraram das instituições de educação para as escolas comuns do ensino regular.

Essa migração tornou e vem tornando esses alunos visíveis, na medida em que traz para a escola regular toda uma geração de estudantes que estaria impedida de se formar com seus pares, dando-lhes possibilidade de ter seu potencial cognitivo mais bem explorado e desenvolvido, e

aprender por meio de novas formas de ensino e recursos pedagógicos especiais, que possibilitarão sua inclusão pela sociedade e futuramente pelo mercado de trabalho.

Nesse processo de reconstrução do sistema escolar, têm-se, igualmente, ganhos para os alunos fora de situação de deficiência, e seus familiares, pela elucidação das questões desconhecidas, que lhes permitirá ter um olhar esclarecido e não preconceituoso sobre as diferenças, assim como ter um convívio mais amplo e completo na sociedade.

Colaboradores

Franco AMSL (0000-0002-4194-2710)* contribuiu substancialmente para a elaboração do rascunho; para a concepção, o planejamento e para a análise dos dados. Schutz GE (0000-0002-1980-8558)* contribuiu significativamente para a revisão crítica do conteúdo e participou da aprovação da versão final do manuscrito. ■

Referências

1. Brasil. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 [internet]. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, as-sinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União. 26 Ago 2009. [acesso em 2019 set 10]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.
2. Lanna Júnior MCM. História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos; Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência; 2010.
3. Brasil. Ministério da Educação. Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009. Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial. Diário Oficial da União. 2 Out 2009. [acesso em 2019 set 10]. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf.
4. Brasil. Ministério da Educação. A consolidação da inclusão escolar no Brasil 2003 a 2016 [internet]. Brasília, DF: MEC; 2016. [acesso em 2019 set 10]. Disponível em: <http://www.ufpb.br/cia/contents/manuais/a-consolidacao-da-inclusao-escolar-no-brasil-2003-a-2016.pdf>.

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

5. Mantoan MTE. Diferenciar para incluir: a educação especial na perspectiva da educação inclusiva [internet]. Diversa. 2011 set 22. [acesso em: 2019 set 10]. Disponível em: <http://diversa.org.br/artigos/diferenciar-para-incluir-a-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva>.
6. Organização das Nações Unidas. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Nova York: ONU; 2006.
7. Brasil. Ministério da Educação. Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva [internet]. Brasília, DF: MEC; 2008. [acesso em 2019 set 10]. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>.
8. Brasil. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. Nota Técnica 19/2010/MEC/SEESP/GAB [internet]. Brasília, DF: MEC; 2010. [acesso em 2019 fev 20]. Disponível em: <https://inclusaoja.com.br/2011/06/03/profissionais-de-apoio-para-alunos-com-deficiencia-e-tgd-matriculados-nas-escolas-comuns-nota-tecnica-192010-mecseespgab/>.
9. Ropoli EA, Mantoan TEM, Santos MTCT, et al. A educação especial na perspectiva da inclusão escolar: a escola comum inclusiva [internet]. Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial; Universidade Federal do Ceará; 2010. Coleção A Educação Especial na Perspectiva da Inclusão Escolar. v. 1. [acesso em 2018 dez 13]. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=7103-fasciculo-1-pdf&Itemid=30192.
10. Camilo C. Inclusão: o espaço dos auxiliares [internet]. Nova Escola. 2013 ago 1. [acesso em 2019 fev 11]. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/1692/inclusao-o-espaco-dos-auxiliares>.

Recebido em 16/09/2019

Aprovado em 05/11/2019

Conflito de interesses: inexistente

Suporte financeiro: não houve

O eclipse da interseção entre público e privado: o financiamento público do subsector privado de saúde à luz da Constituição Federal

The eclipse between public and private: public financing of the private sector in light of the Brazilian Constitution

Ana Paula Azevedo Gomes¹, Elvira Maria Godinho de Maciel²

DOI: 10.1590/0103-11042019S421

RESUMO O desenho do sistema de saúde suplementar não pode ser feito de forma paralela, mas em uma verdadeira zona de interseção com o Sistema Único de Saúde (SUS) dentro do esquadro Constitucional. Os caminhos entre os subsistemas público e privado revelam que, apesar do movimento da Reforma Sanitária, coexistem de forma simbiótica o SUS e o sistema suplementar, em um verdadeiro concubinato de recursos e de pacientes, como uma resultante da estruturação do sistema de saúde em conflito com as políticas públicas de saúde traçadas. A dimensão dos contratos privados de saúde não se exaure nas relações entre usuários e operadoras: existe um interesse que é público, existem relações diversas, não lineares que determinam o cuidado prestado; e, por isso, o olhar e a atuação do administrador público não podem se limitar a verificar o equilíbrio financeiro dos contratos de saúde, mas devem alcançar e regular a qualidade do cuidado, de forma a resguardar em todos e em cada um o interesse público neles contidos.

PALAVRAS-CHAVE Sistema Único de Saúde. Financiamento governamental. Saúde suplementar. Regulação e fiscalização em saúde.

ABSTRACT *The design of the supplementary health system cannot be done in parallel, but in a true intersection zone with the Unified Health System (SUS), within the Constitutional scope. The paths between the public and private subsystems reveal that, despite the Health Reform movement, the SUS and the supplementary system coexist symbiotically, in true concubinage of resources and patients, as a result of the structuring of the health system in conflict with the public health policies outlined. The dimension of private health contracts is not exhausted in the relationships between users and operators: there is a public interest, there are diverse, nonlinear relationships that determine the care provided, and therefore the look and performance of the public administrator cannot be limited to verifying the financial equilibrium of health contracts, but must achieve and regulate the quality of care to safeguard the public interest contained therein.*

KEYWORDS *Unified Health System. Financing government. Supplemental health. Health care coordination and monitoring.*

¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.
anaazevedo@tjrj.jus.br

²Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Epidemiologia e Métodos Quantitativos em Saúde (DEMQS) – Rio de Janeiro (RJ), Brasil.



Introdução

O presente ensaio é, em verdade, um recorte de estudo preliminar, mas que tem em comum um mesmo objetivo: revelar o público dentro do privado, sugerindo uma leitura do sistema de saúde suplementar vinculada e a partir do Sistema Único de Saúde (SUS), buscando na interação desses dois nichos um verdadeiro sistema, em uma relação de continência, de dependência, e, sobremaneira, de afetação. Mais do que distinguir, o objetivo é vincular, é ligar, é deixar permear as leituras do sistema suplementar pelo conteúdo público que entendemos que nele existe.

As demandas sobre saúde levadas ao Poder Judiciário, quando envolvem o sistema de saúde suplementar, assumem características próprias, mas também encontram suas principais questões na restrição de acesso, na integralidade do tratamento e, de forma particular, na seleção de nicho de mercado pelas operadoras. Diferentemente do sistema público, aqui o limite à pretensão de saúde e à integralidade do cuidado não é a coletividade dos usuários, mas o próprio contrato de prestação de serviços firmado entre a operadora e cada consumidor. No entanto, seriam eles, os contratantes, os únicos afetados por esses contratos? O interesse nessas relações é individual apenas?

Esses contratos vêm sendo analisados pelo Poder Judiciário sempre sob a perspectiva operadora-usuário, orbitando a discussão dentro da proteção às relações de consumo, sob a égide das Leis nº 8.078/90¹ e nº 9.656/98². Isso significa reconhecer a fragilidade de um grupo econômico em relação a outro, fazendo com que, individualmente, esses contratos possam ser balizados de forma a equalizar essa relação vertical entre o consumidor e as operadoras, resguardando direitos que não pertencem apenas a um indivíduo, mas a um grupo de sujeitos que podem ser considerados de forma coletiva. Esses contratos ganham assim uma dimensão maior, não apenas individual, mas coletiva. Ainda, porém, sob a tutela de interesses privados.

Para o Administrador Público, o olhar sobre os contratos de planos de saúde e seguros de saúde se dirige quase que exclusivamente à manutenção do equilíbrio financeiro desses contratos. Todavia, ao atuar como agência de mercado, mas não de assistência, a Agência Nacional de Saúde (ANS) direciona o olhar investigativo ao mercado de saúde privado, e afasta a discussão sobre saúde e estrutura social, excluindo, pela perspectiva econômica, o olhar para a atuação do setor privado como ator que interage com as políticas públicas. Recaímos nas luzes e sombras do diálogo requerido entre público e privado. E as zonas de interseção.

Se é verdade que a Reforma Sanitária conseguiu eleger o sistema universalista dentro da Constituição da República³, garantindo a saúde como direito universal por meio do SUS, é verdade também que, ao lado desse sistema, restou uma estrutura que em muito se aproxima do modelo assistencialista, privado e não regulado – ou insuficientemente regulado.

Não olhar o sistema de saúde privado é ignorar as contradições que o sistema de saúde brasileiro apresenta em sua totalidade; pensar o sistema de saúde privado é buscar entender como um sistema de saúde que é único pode ser dois; como sendo dois, deve ser ainda, e em alguma medida, único; é questionar como e para quem ele foi desenhado.

O ocultamento dessa questão favorece uma verdadeira apropriação do espaço público de saúde pelo sistema privado, na contramão do que pretendia a Reforma Sanitária, criando, na ausência do diálogo, uma dicotomia entre público e privado⁴.

É preciso redirecionar o olhar sobre o sistema de saúde suplementar para uma compreensão orgânica, integral, vinculada e a partir da Constituição. Existe, nesses contratos, um interesse público latente: público porque afeta um quarto da população, público porque recebe subsídio do governo, público porque seu objeto é a saúde e a saúde dá a dimensão da vida que se vive, desenhando assim a própria existência.

O enquadramento do direito à saúde como direito fundamental carrega a compreensão de que dentro, fora e por meio do Estado se tecem e se reconhecem relações que são determinantes para a apreensão do sistema de saúde complementar a partir e dentro das políticas de saúde; traz a compreensão de que essas políticas são determinadas pelas estruturas, pelos atores, pelas relações entre umas e outros, são condicionadas, acondicionadas e, ao mesmo tempo, condicionantes.

A compreensão da dupla atuação do Estado, como palco e como ator social, implica reconhecer que, como instituição, ele cria políticas públicas, isto é, escolhe módulo, direção e sentido, e, com isso, determina a trajetória do sistema de saúde, trazendo para a sua compreensão dois argumentos: contingência histórica e dependência de trajetória. Para Menicucci⁵, os desenhos de políticas públicas alteram os processos políticos e modelam identidades de grupo.

Entender o desenho da saúde complementar requer que se observem os lugares e momentos em que ele se desenvolveu, e aqui é preciso ter em mente que a opção ideológica por um sistema de saúde único veio paradoxalmente acompanhada de uma estrutura desenhada de acordo com um modelo meritocrático e assistencialista.

A força do setor privado vem justamente do incentivo público recebido: no começo, por meio do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (Inamps); depois, subsidiado pelo Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS) – o setor privado pode garantir custeio tendo recebido aporte financeiro a juro baixo para a expansão de sua rede:

Em tal ambiente de estufa, sob condições ideais de instalação e crescimento, protegido das incertezas concorrenciais, desenvolveu-se na área da saúde um tipo de empresário bastante conhecido em outros setores da economia brasileira, cujo investimento e demanda estão intimamente vinculados à política governamental⁶⁽¹⁴⁸⁾.

Se o ‘incentivo’ público foi o ponto de partida para o desenvolvimento do setor privado, foi a ausência de intervenção que possibilitou, em um segundo momento, o desenvolvimento autônomo e a expansão desse setor, que a partir daí se coloca como ator, criando vetores que interagem na produção das políticas públicas de saúde, desenhando a arena política de forma a direcionar as disputas por recursos⁴.

Em 1923, por meio da Lei Eloy Chaves⁷, foi criada a primeira Caixa de Assistência, voltada à categoria dos ferroviários, e que acabou por constituir o marco legal do sistema de previdência – e do sistema de saúde voltado para a atenção de uma categoria profissional e seus dependentes. A partir desse momento, surgem dois tipos de serviços de saúde: as ações de saúde pública, dirigidas a todos, de caráter preventivo, e a medicina previdenciária, à qual tinham acesso apenas os trabalhadores do mercado formal, cujo foco eram os cuidados individuais de cura e tratamento.

No pós-64, a ênfase na assistência hospitalar em detrimento de uma assistência preventiva, aliada à subcontratação de serviços privados, fortemente subsidiados com dinheiro público, impulsiona o setor privado de saúde.

Nas décadas de 1960, 1970 e 1980, as políticas públicas de saúde encontram nas Caixas de Assistência, nos Institutos de Aposentadoria e Pensões, no INPS e depois no Inamps as suas matrizes. Significa dizer que a porta de acesso ao sistema de saúde era o emprego formal. A criação do Inamps afastou a fragmentaridade, mas não ampliou o acesso, mantendo-se o sistema na sua essência meritocrático.

No entanto, o rompimento do modelo meritocrático pretendido com o SUS não foi sucedido por um universalismo distributivo, mas daquilo que Favaret⁵ chamou de universalismo excludente: universalismo porque o acesso ao sistema não se dá por meio do vínculo com o mercado de trabalho, excludente porque a insuficiência de recursos repele desse sistema todos aqueles que podem ter acesso ao sistema complementar. A forma de desenvolvimento das políticas públicas gerou, assim, assimetria

também entre os destinatários dos serviços de saúde: o SUS ficou reservado ao atendimento dos mais pobres.

O abatimento dos gastos com o setor de saúde suplementar – que só é possível aos cidadãos que têm maior capacidade financeira e que, por isso, recolhem Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF); o incentivo para que os empregadores ofereçam o benefício aos seus empregados como vantagem de caráter não remuneratório; e, por fim, e mais recentemente, a expansão dos planos coletivos reservam ao sistema suplementar o quarto da população com maior poder aquisitivo e com maior capacidade de articulação.

A certeza do esgotamento do sistema público caminha lado a lado com outra certeza: a de que, inevitavelmente, mais dia, menos dia, de forma permanente ou esporádica, todos necessitaremos de cuidados de saúde. Ademais, junto com a certeza de que precisamos de atenção à saúde, de que não encontraremos no SUS o cuidado com a presteza necessária (ou desejada), existe outra, a da impossibilidade financeira de custeio direto do cuidado de saúde necessário ou daquele que se percebe por necessário.

Verdadeiramente, não existe uma opção por contratar serviços de saúde: essa adesão vem como uma necessidade premente de cuidado médico ante a insuficiência e ineficácia da assistência à saúde disponibilizada pela rede pública. Ainda que as portas do SUS estejam abertas, os leitos estão ocupados, a agenda já está fechada.

É preciso intervir na linha de cuidado proposto pelas operadoras da saúde suplementar, provocando um realinhamento com a forma de cuidado eleita pelo SUS, e privilegiando – como no SUS – a atenção primária; significa que também na assistência privada é preciso expandir o cuidado para a prevenção de doenças e para a promoção de saúde, o que vem sendo apenas recentemente construído. Por trás disso, o que se pretende é atribuir às operadoras de saúde o papel de gestoras de cuidado.

O primeiro objetivo da agência reguladora é intervir diretamente na regulação do mercado, corrigindo os desvios que são próprios de uma demanda que é inelástica pela sua natureza e que, portanto, não se mostra sensível – não reagente – a variações de preço, o que por si só é suficiente para gerar não um pequeno desequilíbrio, mas uma verdadeira subversão do mercado. Aqui, a participação da ANS na precificação é decisiva para garantir a manutenção dos contratos de saúde para além daqueles momentos em que é conveniente para as operadoras a oferta do serviço.

Entretanto, essa é apenas a primeira etapa desse processo regulatório. As agências reguladoras têm a função de fiscalizar a prestação de serviços públicos por particulares⁸. O interesse público, isto é, a relevância que tem determinado serviço para a coletividade, é que determina a sua natureza, e não o prestador: ainda que se faculte ao particular prestar determinados serviços que se têm por essenciais, essa delegação não retira desses serviços a qualidade de públicos e impõe a regulação e a fiscalização do Estado sobre essas atuações. A Lei nº 7.783/89⁹ não apenas disciplina o direito de greve, mas reconhece, em seu art. 10, atividades que são essenciais, elencando, entre elas, os serviços de assistência médica e hospitalar. Contudo, esse reconhecimento apenas replica no ordenamento infraconstitucional o pertencimento que tem a saúde como direito fundamental constitucionalmente amparado.

O contexto de privatizações e de flexibilização de monopólios experimentado a partir da metade dos anos 1990 refletiu um redirecionamento do papel do Estado, que deixou de exercer diretamente determinadas atividades tidas por essenciais, delegando-as ao particular, e assumiu, a partir de então, o compromisso regulatório, em uma verdadeira mudança de paradigma da sua atuação: deixou de ser executor e passou a ser fiscal, trazendo para o núcleo da atividade regulatória o polícentrismo decisório – imparcialidade política, tecnicidade e autonomia¹⁰.

Os múltiplos papéis exercidos pelos vários tipos de atores que participam do sistema particular de saúde criam uma tessitura de relações não linear e fazem surgir um sem-número de situações que possivelmente irão determinar a qualidade do serviço e a linha do cuidado ao paciente, impulsionando a regulação para além do aspecto financeiro desses contratos.

Significa que o olhar e o atuar da ANS tem de ser dirigido ao cuidado proposto pela saúde suplementar, e não apenas para os contratos de prestação de serviços em saúde suplementar, trazendo para dentro da regulação o seu verdadeiro significado, e desenhando a saúde suplementar a partir dos mesmos princípios que informam o SUS, dessa forma concretizando, por meio da regulação, a integralidade da atenção à saúde trazida pela Constituição, e fazendo prevalecer, mesmo nas relações contratuais entre entes privados, o interesse público.

Existem outros lugares para além da precificação dentro das relações privadas de saúde que também precisam ser visitados pelas agências reguladoras, porque é possível – e eu diria provável – que a remuneração de hospitais e profissionais de saúde interfira na linha de cuidado ao paciente.

A incorporação de tecnologias e a fragmentação do cuidado caminham juntas como elementos de precificação dos planos, mas também de remuneração dos profissionais credenciados, intervindo diretamente na linha de cuidado, o que torna obtusa a escolha da agência reguladora de não visitar esse lugar porque, no final, não se trata apenas de remuneração, mas da qualificação do setor de saúde suplementar.

Da mesma maneira que a forma de remuneração vem determinando a quantidade de exames, a remuneração por procedimento vai induzir a uma quantidade maior de procedimentos (nem sempre necessários) e a um número maior de consultas. Esse é o cuidado hoje praticado pelas operadoras de saúde: fragmentado, muitas vezes intervencionista e hospitalocêntrico, que incorpora com agilidade novas tecnologias.

Para além do argumento da insuficiência do Estado, da baixa capacidade regulatória, existe a questão do relacionamento entre público e privado não só pelos atores que atuam no sistema, mas pelo caminho dos recursos financeiros entre esses lugares; a dicotomia que vem sendo sugerida entre os sistemas público e privado reduz a visibilidade da zona de interseção, afasta a confluência entre esses sistemas e, por isso, exclui deliberadamente da pauta debates sobre fluxo de pacientes e financiamento público tanto de demanda como de oferta de serviços.

Considerações finais

É impossível dissociar a opção por um ou por outro sistema de saúde das transformações da concepção de cidadania em um caminhar que deslocou os indivíduos de sujeitos de direitos para objeto de proteção; que deslocou o eixo de proteção de relações jurídicas para situações que podem ser juridicamente relevantes ou não.

A cidadania, que inicialmente demandou o reconhecimento e o exercício de direitos políticos como limitação do Estado, em uma relação vertical – em que as desigualdades entre os cidadãos não era uma variável a ser considerada –, impõe a atuação do Estado também nas relações horizontais, isto é, entre cidadãos, entre pessoas que devem ser tuteladas e protegidas, não de forma igualitária, mas equitativa, deslocando o conceito de igualdade de uma perspectiva meramente formal para uma igualdade de fato. Ideias, sociedades e o próprio homem são um constante porvir, em uma trajetória que tem um marco inicial, mas que nunca se exaure, porque o tempo do humano é o gerúndio.

Reconhecer que o atual sistema brasileiro traz consigo marcas do modelo institucional anterior possibilita entender como e por que um sistema que se coloca com a pretensão de ser único, paradoxalmente recebe e subsidia um sistema paralelo: porque os desenhos das políticas públicas alteram e são alterados pelos

processos políticos, afetam e são afetados pelas opções institucionais anteriores: ainda que o paradigma escolhido seja o do universalismo inglês, a nossa tendência de estruturação se volta para o sistema americano.

As demandas trazidas aos juízes que atuam em varas cíveis e que têm como pano de fundo os contratos de prestação de saúde são demandas privadas, contratuais, de consumo, mas são também demandas que trazem um interesse público latente; são demandas que só podem ser julgadas apropriadamente se estiverem dentro da perspectiva constitucional, em que cidadania e existência se confundem, misturam-se e constroem juntas o humano.

Nas relações entre os usuários do sistema privado e as operadoras dos planos de saúde, o contrato é apenas o paradigma inicial: ele serve de moldura para a tessitura das relações entre operadoras e usuários, mas as relações que ali se desenvolvem não podem ser limitadas exclusivamente à esfera do privado e têm de ser analisadas também sob a perspectiva constitucional.

O sistema constitucional não é apenas um norte, uma referência, mas sim a verdadeira perspectiva de todo o sistema de direito, que não pode se desenvolver para além ou fora da Constituição, como sistema paralelo, assim como as políticas públicas de saúde não podem se afastar dessa mesma matriz constitucional. Dentro dessa perspectiva, o estudo da saúde e das políticas de saúde (de prevenção e promoção), os cuidados de saúde, impõem-se como forma de afirmação

do indivíduo em sua plenitude.

Com essas considerações, entendemos que o olhar, a regulamentação e a atuação da agência de saúde (e assim do próprio Estado) têm de alcançar inclusive as relações do setor privado, porque a saúde, ainda que prestada por particular, é pública. Sempre! É a perspectiva (constitucional) que dá a dimensão do objeto e valora a saúde como bem público, de todos e de cada um individualmente.

A proposta do presente estudo foi fazer perceber na interseção desses sistemas não um contraponto, mas uma verdadeira simbiose em que se constroem, limitam-se e ampliam-se público e privado, garantindo a todos os usuários do SUS, usuários da rede privada e usuários do SUS, cidadãos de um Estado comum, indivíduos que se colocam perante esse Estado. É preciso retirar do jurídico os an-tolhos para que o direito se revele, um direito que não pode ser dado, mas que é construído na exata medida em que vai sendo vivido; um direito que é gerúndio, para cidadãos que são, no tempo presente, para que possam ser, no tempo futuro, plenos apesar de e com as suas limitações, reconhecendo o ontológico e o valorativo em cada ação, em cada omissão, em cada escolha.

Colaboradores

Gomes APA (0000-0003-2512-7107)* e Maciel EMG (0000-0002-9095-3141)* contribuíram igualmente na elaboração do manuscrito. ■

*Orcid (Open Researcher and Contributor ID).

Referências

1. Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências [internet]. Diário Oficial da União. 12 Set 1990. [acesso em 2017 set 19]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.
2. Brasil. Lei nº 9.656, 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde [internet]. Diário Oficial da União. 4 Jun 1998. [acesso em 2017 set 11]. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21722:lei-96561998-dispoe-sobre-os-planos-e-seguros-privados-de-assistencia-a-saude&catid=66:leis&Itemid=34.
3. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1988. [acesso em 2018 set. 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
4. Sestelo JAF, Souza LEPF, Bahia L. Saúde suplementar no Brasil: abordagens sobre a articulação público/privada na assistência à saúde. Cad. Saúde Pública. 2013; 29(5):851-66.
5. Menicucci TMG. Público e privado na política de assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2007.
6. Faveret Filho P, Oliveira PJ. A Universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde [internet]. Planejamento e políticas públicas. 1990. [acesso em 2017 out 16]; 3:139-162. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7358>.
7. Brasil. Lei Eloy Chaves. Caixa de aposentadorias e pensões no setor ferroviário [internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 1923. [acesso em 2017 out 16]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/primeira-lei-da-previdencia-de-1923-permitia-aposentadoria-aos-50-anos>.
8. Barroso LR. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. Rio de Janeiro: RDA; 2002.
9. Brasil. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências [internet]. Diário Oficial da União. 29 Jun 1989. [acesso em 2017 out 16]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm.
10. Binenbjoim G. Palestra: Agências Reguladoras Independentes, TCE/RJ [internet]. 2010. [acesso em 2017 out 11]. Disponível em: www.tce.rj.gov.br/web/ecg/seminarios/2010/controle-externo-e-agencias-reguladoras-de-servicos-publicos.

Recebido em 15/08/2019
Aprovado em 08/11/2019
Conflito de interesses: inexistente
Suporte financeiro: não houve

Saúde em Debate

Instruções aos autores

ATUALIZADA EM MARÇO DE 2019

ESCOPO E POLÍTICA EDITORIAL

A revista 'Saúde em Debate', criada em 1976, é uma publicação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) que tem como objetivo divulgar estudos, pesquisas e reflexões que contribuam para o debate no campo da saúde coletiva, em especial os que tratem de temas relacionados com a política, o planejamento, a gestão, o trabalho e a avaliação em saúde. Valorizamos os estudos feitos a partir de diferentes abordagens teórico-metodológicas e com a contribuição de distintos ramos das ciências.

A periodicidade da revista é trimestral, e, a critério dos editores, são publicados números especiais que seguem o mesmo processo de submissão e avaliação dos números regulares.

A 'Saúde em Debate' aceita trabalhos originais e inéditos que aportem contribuições relevantes para o conhecimento científico acumulado na área.

Os trabalhos submetidos à revista são de total e exclusiva responsabilidade dos autores e não podem ser apresentados simultaneamente a outro periódico, na íntegra ou parcialmente.

Em caso de aprovação e publicação do trabalho no periódico, os direitos autorais a ele referentes se tornarão propriedade da revista, que adota a Licença Creative Commons CC-BY (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt>) e a política de acesso aberto, portanto, os textos estão disponíveis para que qualquer pessoa leia, baixe, copie, imprima, compartilhe, reutilize e distribua, com a devida citação da fonte e autoria. Nesses casos, nenhuma permissão é necessária por parte dos autores ou dos editores.

A 'Saúde em Debate' não cobra taxas dos autores para a submissão ou para a publicação de trabalhos, mas, caso o artigo seja aprovado para editoração, fica sob a responsabilidade dos autores a revisão de línguas (obrigatória) e a tradução do artigo para a língua inglesa (opcional), com base em uma lista de revisores e tradutores indicados pela revista.

A revista conta com um Conselho Editorial que contribui para a definição de sua política editorial. Seus membros integram o Comitê Editorial e/ou o banco de pareceristas em suas áreas específicas.

Antes de serem enviados para avaliação pelos pares, os artigos submetidos à revista 'Saúde em Debate' passam por *softwares*

detectores de plágio, Plagiarisma e Copyspider. Assim, é possível que os autores sejam questionados sobre informações identificadas pela ferramenta para que garantam a originalidade dos manuscritos, referenciando todas as fontes de pesquisa utilizadas. O plágio é um comportamento editorial inaceitável, dessa forma, caso seja comprovada sua existência, os autores envolvidos não poderão submeter novos artigos para a revista.

NOTA: A produção editorial do Cebes é resultado de apoios institucionais e individuais. A sua colaboração para que a revista 'Saúde em Debate' continue sendo um espaço democrático de divulgação de conhecimentos críticos no campo da saúde se dará por meio da associação dos autores ao Cebes. Para se associar, entre no site <http://www.cebes.org.br>.

ORIENTAÇÕES PARA A PREPARAÇÃO E SUBMISSÃO DOS TRABALHOS

Os trabalhos devem ser submetidos pelo site: www.saudeemdebate.org.br. Após seu cadastramento, o autor responsável pela submissão criará seu login e senha, para o acompanhamento do trâmite.

Modalidades de textos aceitos para publicação

1. Artigo original: resultado de investigação empírica que possa ser generalizado ou replicado. O texto deve conter no máximo 6.000 palavras.

2. Ensaio: análise crítica sobre tema específico de relevância e interesse para a conjuntura das políticas de saúde brasileira e/ou internacional. O texto deve conter no máximo 7.000 palavras.

3. Revisão sistemática ou integrativa: revisões críticas da literatura sobre tema atual da saúde. A revisão sistemática sintetiza rigorosamente pesquisas relacionadas com uma questão. A integrativa fornece informações mais amplas sobre o assunto. O texto deve conter no máximo 8.000 palavras.

4. Artigo de opinião: exclusivo para autores convidados pelo Comitê Editorial, com tamanho máximo de 7.000 palavras. Neste formato, não são exigidos resumo e *abstract*.

5. Relato de experiência: descrição de experiências acadêmicas, assistenciais ou de extensão, com até 5.000 palavras que aportem contribuições significativas para a área.

6. Resenha: resenhas de livros de interesse para a área da saúde coletiva, a critério do Comitê Editorial. Os textos deverão apresentar uma visão geral do conteúdo da obra, de seus pressupostos teóricos e do público a que se dirige, com tamanho de até 1.200 palavras. A capa em alta resolução deve ser enviada pelo sistema da revista.

7. Documento e depoimento: trabalhos referentes a temas de interesse histórico ou conjuntural, a critério do Comitê Editorial.

Importante: em todos os casos, o número máximo de palavras inclui o corpo do artigo e as referências. Não inclui título, resumo, palavras-chave, tabelas, quadros, figuras e gráficos.

Preparação e submissão do texto

O texto pode ser escrito em português, espanhol ou inglês. Deve ser digitado no programa Microsoft® Word ou compatível, gravado em formato doc ou docx, para ser anexado no campo correspondente do formulário de submissão. Não deve conter qualquer informação que possibilite identificar os autores ou instituições a que se vinculem.

Digitar em folha padrão A4 (210X297mm), margem de 2,5 cm em cada um dos quatro lados, fonte Times New Roman tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5.

O texto deve conter:

Título: que expresse clara e sucintamente o conteúdo do texto, contendo, no máximo, 15 palavras. O título deve ser escrito em negrito, apenas com iniciais maiúsculas para nomes próprios. O texto em português e espanhol deve ter título na língua original e em inglês. O texto em inglês deve ter título em inglês e português.

Resumo: em português e inglês ou em espanhol e inglês com, no máximo 200 palavras, no qual fiquem claros os objetivos, o método empregado e as principais conclusões do trabalho. Deve ser não estruturado, sem empregar tópicos (introdução, métodos, resultados etc.), citações ou siglas, à exceção de abreviaturas reconhecidas internacionalmente.

Palavras-chave: ao final do resumo, incluir de três a cinco palavras-chave, separadas por ponto (apenas a primeira inicial maiúscula), utilizando os termos apresentados no vocabulário estruturado (DeCS), disponíveis em: www.decs.bvs.br.

Registro de ensaios clínicos: a 'Saúde em Debate' apoia as políticas para registro de ensaios clínicos da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE), reconhecendo, assim, sua importância para o registro e divulgação internacional de informações sobre ensaios clínicos. Nesse sentido, as pesquisas clínicas devem conter o número de identificação em um dos registros de ensaios clínicos validados pela OMS e ICMJE, cujos endereços estão disponíveis em: <http://www.icmje.org>. Nestes casos, o número de identificação deverá constar ao final do resumo.

Ética em pesquisas envolvendo seres humanos: a publicação de artigos com resultados de pesquisas envolvendo seres humanos está condicionada ao cumprimento dos princípios éticos contidos

na Declaração de Helsinki, de 1964, reformulada em 1975, 1983, 1989, 1996, 2000 e 2008, da Associação Médica Mundial; além de atender às legislações específicas do país no qual a pesquisa foi realizada, quando houver. Os artigos com pesquisas que envolverem seres humanos deverão deixar claro, na seção de material e métodos, o cumprimento dos princípios éticos e encaminhar declaração de responsabilidade no ato de submissão.

Respeita-se o estilo e a criatividade dos autores para a composição do texto, no entanto, este deve contemplar elementos convencionais, como:

Introdução: com definição clara do problema investigado, justificativa e objetivos;

Material e métodos: descritos de forma objetiva e clara, permitindo a reprodutibilidade da pesquisa. Caso ela envolva seres humanos, deve ficar registrado o número do parecer de aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP).

Resultados e discussão: podem ser apresentados juntos ou em itens separados;

Conclusões ou considerações finais: que depende do tipo de pesquisa realizada;

Referências: devem constar somente autores citados no texto e seguir os Requisitos Uniformes de Manuscritos Submetidos a Revistas Biomédicas, do ICMJE, utilizados para a preparação de referências (conhecidos como 'Estilo de Vancouver'). Para maiores esclarecimentos, recomendamos consultar o Manual de Normalização de Referências (<http://revista.saudeemdebate.org.br/public/manualvancouver.pdf>) elaborado pela editoria do Cebes.

OBSERVAÇÕES

A revista não utiliza sublinhados e negritos como grifo. Utilizar aspas simples para chamar a atenção de expressões ou títulos de obras. Exemplos: 'porta de entrada'; 'Saúde em Debate'. Palavras em outros idiomas devem ser escritas em itálico, com exceção de nomes próprios.

Evitar o uso de iniciais maiúsculas no texto, com exceção das absolutamente necessárias.

Depoimentos de sujeitos deverão ser apresentados em itálico e entre aspas duplas no corpo do texto (se menores que três linhas). Se forem maiores que três linhas, devem ser escritos em itálico, sem aspas, destacados do texto, com recuo de 4 cm, espaço simples e fonte 11.

Não utilizar notas de rodapé no texto. As marcações de notas de rodapé, quando absolutamente indispensáveis, deverão ser sobrescritas e sequenciais.

Evitar repetições de dados ou informações nas diferentes partes que compõem o texto.

Figuras, gráficos, quadros e tabelas devem estar em alta resolução, em preto e branco ou escala de cinza e submetidos em arquivos separados do texto, um a um, seguindo a ordem que aparecem no estudo (devem ser numerados e conter título e fonte). No texto, apenas identificar o local onde devem ser inseridos. O número de figuras, gráficos, quadros ou tabelas deverá ser, no máximo, de cinco por texto. O arquivo deve ser editável (não retirado de outros arquivos) e, quando se tratar de imagens (fotografias, desenhos etc.), deve estar em alta resolução com no mínimo 300 DPI.

Em caso de uso de fotos, os sujeitos não podem ser identificados, a menos que autorizem, por escrito, para fins de divulgação científica.

Informações sobre os autores

A revista aceita, no máximo, sete autores por artigo. As informações devem ser incluídas apenas no formulário de submissão, contendo: nome completo, nome abreviado para citações bibliográficas, instituições de vínculo com até três hierarquias, código ORCID ID (Open Researcher and Contributor ID) e *e-mail*.

PROCESSO DE AVALIAÇÃO

Todo original recebido pela revista 'Saúde em Debate' é submetido à análise prévia. Os trabalhos não conformes às normas de publicação da revista são devolvidos aos autores para adequação e nova submissão.

Uma vez cumpridas integralmente as normas da revista, os originais são apreciados pelo Comitê Editorial, composto pelo editor-chefe e por editores associados, que avalia a originalidade, abrangência, atualidade e atendimento à política editorial da revista. Os trabalhos recomendados pelo Comitê serão avaliados por, no mínimo, dois pareceristas, indicados de acordo com o tema do trabalho e sua expertise, que poderão aprovar, recusar e/ou fazer recomendações de alterações aos autores.

A avaliação é feita pelo método duplo-cego, isto é, os nomes dos autores e dos pareceristas são omitidos durante todo o processo de avaliação. Caso haja divergência de pareceres, o trabalho será encaminhado a um terceiro parecerista. Da mesma forma, o Comitê Editorial pode, a seu critério, emitir um terceiro parecer. Cabe aos pareceristas recomendar a aceitação, recusa ou reformulação dos trabalhos. No caso de solicitação de reformulação, os autores devem devolver o trabalho revisado dentro do prazo estipulado. Não havendo manifestação dos autores no prazo definido, o trabalho será excluído do sistema.

O Comitê Editorial possui plena autoridade para decidir sobre a aceitação final do trabalho, bem como sobre as alterações efetuadas.

Não serão admitidos acréscimos ou modificações depois da aprovação final do trabalho. Eventuais sugestões de modificações de estrutura ou de conteúdo por parte da editoria da revista serão previamente acordadas com os autores por meio de comunicação por *e-mail*.

A versão diagramada (prova de prelo) será enviada, por *e-mail*, ao autor responsável pela correspondência para revisão final, que deverá devolver no prazo estipulado.

Informações complementares (devem ser encaminhadas em arquivo separado)

a) Conflito de interesses. Os trabalhos encaminhados para publicação devem conter informação sobre a existência de algum tipo de conflito de interesses. Os conflitos de interesses financeiros, por exemplo, não estão relacionados apenas com o financiamento direto da pesquisa, mas também com o próprio vínculo empregatício. Caso não haja conflito, apenas a informação "*Declaro que não houve conflito de interesses na concepção deste trabalho*" será suficiente.

b) Colaboradores. Devem ser especificadas as contribuições individuais de cada autor na elaboração do artigo. Segundo o critério de autoria do ICMJE, os autores devem contemplar as seguintes condições: 1) contribuir substancialmente para a concepção e o planejamento ou para a análise e a interpretação dos dados; 2) contribuir significativamente na elaboração do rascunho ou revisão crítica do conteúdo; e 3) participar da aprovação da versão final do manuscrito.

c) Agradecimentos. (Opcional).

OS DOCUMENTOS RELACIONADOS A SEGUIR DEVEM SER DIGITALIZADOS E ENVIADOS PELO SISTEMA DA REVISTA NO MOMENTO DO CADASTRO DO ARTIGO.

1. Declaração de responsabilidade e cessão de direitos autorais

Todos os autores e coautores devem preencher e assinar as declarações conforme modelo disponível em: <http://revista.saudeemdebate.org.br/public/declaracao.doc>.

2. Parecer de Aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP)

No caso de pesquisas que envolvam seres humanos, realizadas no Brasil, nos termos da Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012 do Conselho Nacional de Saúde, enviar documento de aprovação da pesquisa pelo Comitê de Ética em Pesquisa da instituição onde o trabalho foi realizado. No caso de instituições que não disponham de um CEP, deverá ser apresentado o documento do CEP pelo qual ela foi aprovada. Pesquisas realizadas em outros países, anexar declaração indicando o cumprimento integral dos princípios éticos e das legislações específicas.

DOCUMENTAÇÃO OBRIGATÓRIA A SER ENVIADA APÓS A APROVAÇÃO DO ARTIGO

1. Declaração de revisão ortográfica e gramatical

Os artigos aprovados deverão passar por revisão ortográfica e gramatical feita por profissional qualificado, com base em uma lista de revisores indicados pela revista. O artigo revisado deve vir acompanhado de declaração do revisor.

2. Declaração de tradução

Os artigos aprovados poderão ser traduzidos para o inglês a

critério dos autores. Neste caso, a tradução será feita por profissional qualificado, com base em uma lista de tradutores indicados pela revista. O artigo traduzido deve vir acompanhado de declaração do tradutor.

Endereço para correspondência

Avenida Brasil, 4.036, sala 802
CEP 21040-361 – Manguinhos, Rio de Janeiro (RJ),
Brasil
Tel.: (21) 3882-9140/9140
Fax: (21) 2260-3782
E-mail: revista@saudeemdebate.org.br

Saúde em Debate

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

UPDATED IN MARCH 2019

SCOPE AND EDITORIAL POLICY

The journal 'Saúde em Debate' (Health in Debate), created in 1976, is published by Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) (Brazilian Center for Health Studies), that aims to disseminate studies, researches and reflections that contribute to the debate in the collective health field, especially those related to issues regarding policy, planning, management, work and assessment in health. The editors encourage contributions from different theoretical and methodological perspectives and from various scientific disciplines.

The journal is published on a quarterly basis; the Editors may decide on publishing special issues, which will follow the same submission and assessment process as the regular issues.

'Saúde em Debate' accepts unpublished and original works that bring relevant contribution to scientific knowledge in the health field.

Authors are entirely and exclusively responsible for the submitted manuscripts, which must not be simultaneously submitted to another journal, be it integrally or partially. It is Cebes' policy to own the copyright of all articles published in the journal.

In case of approval and publication of the work in the journal, the copyrights referred to it will become property of the journal, which adopts the Creative Commons License CC-BY (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt>) and the open access policy, so the texts are available for anyone to read, download, copy, print, share, reuse and distribute, with due citation of the source and authorship. In such cases, no permission is required from authors or publishers.

No fees are charged from the authors for the submission or publication of articles; nevertheless, once the article has been approved for publication, the authors are responsible for the language proofreading (mandatory) and the translation into English (optional), based on a list of proofreaders and translators provided by the journal.

The journal has an Editorial Board that contributes to the definition of its editorial policy. Its members are part of the Editorial

Committee and/or the database of referees in their specific areas.

Before being sent for peer review, articles submitted to the journal 'Saúde em Debate' undergo plagiarism-detecting softwares Plagiarisma and Copyspider. Thus, it is possible that the authors are questioned about information identified by the tool to guarantee the originality of the manuscripts, referencing all the sources of research used. Plagiarism is an unacceptable editorial behavior, so if its existence is proven, the authors involved will not be able to submit new articles to the journal.

NOTE: Cebes editorial production is a result of collective work and of institutional and individual support. Authors' contribution for the continuity of 'Saúde em Debate' journal as a democratic space for the dissemination of critical knowledge in the health field shall be made by means of association to Cebes. In order to become an associate, please access <http://www.cebes.org.br>.

GUIDELINES FOR THE PREPARATION AND SUBMISSION OF ARTICLES

Articles should be submitted on the website: www.saudeemdebate.org.br. After registering, the author responsible for the submission will create his login name and a password.

When submitting the article, all information required must be supplied with identical content as in the uploaded file.

Types of texts accepted for submission

- 1. Original article:** result of scientific research that may be generalized or replicated. The text should comprise a maximum of 6,000 words.
- 2. Essay:** critical analysis on a specific theme relevant and of interest to Brazilian and/or international topical health policies. The text should comprise a maximum of 7,000 words.
- 3. Systematic or integrative review:** critical review of literature on topical theme in health. Systematic review rigorously synthesises research related to an issue. Integrative review provides more comprehensive information on the subject. The text should comprise a maximum of 8,000 words.
- 4. Opinion article:** exclusively for authors invited by the Editorial Board. No abstract or summary are required. The text should comprise a maximum of 7,000 words.
- 5. Case study:** description of academic, assistential or extension experiences that bring significant contributions to the area. The text should comprise a maximum of 5,000 words.
- 6. Critical review:** review of books on subjects of interest to

the field of public health, by decision of the Editorial Board. Texts should present an overview of the work, its theoretical framework and target audience. The text should comprise a maximum of 1,200 words. A high resolution cover should be sent through the journal's system.

7. Document and testimony: works referring to themes of historical or topical interest, by decision of the Editorial Board.

Important: in all cases, the maximum number of words includes the body of the article and references. It does not include title, abstract, keywords, tables, charts, figures and graphs.

Text preparation and submission

The text may be written in Portuguese, Spanish or English. It should be typed in Microsoft® Word or compatible software, in doc or docx format, to be attached in the corresponding field of the submission form. It must not contain any information that makes it possible to identify the authors or institutions to which they are linked.

Type in standard size page A4 (210X297mm); all four margins 2.5cm wide; font Times New Roman in 12pt size; line spacing 1.5.

The text must comprise:

Title: expressing clearly and briefly the contents of the text, in no more than 15 words. The title should be in bold font, using capital letters only for proper nouns. Texts written in Portuguese and Spanish should have the title in the original idiom and in English. The text in English should have the title in English and in Portuguese.

Abstract: in Portuguese and English or in Spanish and English, comprising no more than 200 words, clearly outlining the aims, the method used and the main conclusions of the work. It should not be structured, without topics (introduction, methods, results etc.); citations or abbreviations should not be used, except for internationally recognized abbreviations.

Keywords: at the end of the abstract, three to five keywords should be included, separated by period (only the first letter in capital), using terms from the structured vocabulary (DeCS) available at www.decs.bvs.br.

Clinical trial registration: 'Saúde em Debate' journal supports the policies for clinical trial registration of the World Health Organization (WHO) and the International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE), thus recognizing its importance to the registry and international dissemination of information on clinical trial. Thus, clinical researches should contain the identification number on one of the Clinical Trials registries validated by WHO

and ICMJE, whose addresses are available at <http://www.icmje.org>. Whenever a trial registration number is available, authors should list it at the end of the abstract.

Ethics in research involving human beings: the publication of articles with results of research involving human beings is conditional on compliance with the ethical principles contained in the Declaração de Helsinki, of 1964, reformulated in 1975, 1983, 1989, 1996, 2000 and 2008, of the World Medical Association; besides complying with the specific legislations of the country in which the research was carried out, when existent. Articles with research involving human beings should make it clear, in the material and methods section, the compliance with ethical principles and send a declaration of responsibility in the act of submission.

The journal respects the authors' style and creativity regarding the text composition; nevertheless, the text must contemplate conventional elements, such as:

Introduction: with clear definition of the investigated problem and its rationale;

Material and methods: objectively described in a clear and objective way, allowing the reproductibility of the research. In case it involves human beings, the approval number of the Research Ethics Committee (CEP) must be registered;

Results and discussion: may be presented together or separately;

Conclusions or final considerations: depending on the type of research carried out;

References: only cited authors should be included in the text and follow the Uniform Requirements for Manuscripts Submitted to Biomedical Journals, of the ICMJE, used for the preparation of references (known as 'Vancouver Style'). For further clarification, we recommend consulting the Reference Normalization Manual (<http://revista.saudeemdebate.org.br/public/manualvancouver.pdf>) prepared by the Cebes editorial.

NOTES:

The journal does not use underlines and bold as an emphasis. Use single quotes to draw attention to expressions or titles of works. Examples: 'gateway'; 'Saúde em Debate'. Words in other languages should be written in italics, except for proper names.

Avoid using capital letters in the text, except for absolutely necessary ones.

Testimonials of subjects should be presented in italics and in double quotation marks in the body of the text (if less than three

lines). If they have more than three lines, they should be written in italics, without quotes, highlighted in the text, with a 4 cm backspace, simple space and font 11.

Footnotes should not be used in the text. If absolutely necessary, footnotes should be indicated with sequential superscript numbers.

Repetition of data or information in the different parts of the text should be avoided.

Figures, graphs, charts and tables should be supplied in high resolution, in black-and-white or in gray scale, and on separate sheets, one on each sheet, following the order in which they appear in the work (they should be numbered and comprise title and source). Their position should be clearly indicated on the page where they are inserted. The quantity of figures, graphs, charts and tables should not exceed five per text. The file should be editable (not taken from other files) and, in the case of images (photographs, drawings, etc.), it must be in high resolution with at least 300 DPI.

In case there are photographs, subjects must not be identified, unless they authorize it, in writing, for the purpose of scientific dissemination.

Information about authors

The journal accepts a maximum of seven authors per article. Information should be included only in the submission form, containing: full name, abbreviated name for bibliographic citations, linked institutions with up to three hierarchies, ORCID ID (Open Researcher and Contributor ID) code and e-mail.

ASSESSMENT PROCESS

Every manuscript received by 'Saúde em Debate' is submitted to prior analysis. Works that are not in accordance to the journal publishing norms shall be returned to the authors for adequacy and new submission. Once the journal's standards have been entirely met, manuscripts will be appraised by the Editorial Board, composed of the editor-in-chief and associate editors, for originality, scope, topicality, and compliance with the journal's editorial policy. Articles recommended by the Board shall be forwarded for assessment to at least two reviewers, who will be indicated according to the theme of the work and to their expertise, and who will provide their approval, refusal, and/or make recommendations to the authors.

'Saúde em Debate' uses the double-blind review method, which means that the names of both the authors and the reviewers are concealed from one another during the entire assessment process. In case there is divergence between the reviewers, the article will be sent to a third reviewer. Likewise, the Editorial Board may also produce a third review. The reviewers' responsibility is to recommend the acceptance, the refusal, or the reformulation of the works. In case there is a reformulation request, the authors shall return the revised work until the stipulated date. In case this does not happen, the work shall be excluded from the system.

The Editorial Board has full authority to decide on the final acceptance of the work, as well as on the changes made.

No additions or changes will be accepted after the final approval of the work. In case the journal's Editorial Board has any suggestions regarding changes on the structure or contents of the work, these shall be previously agreed upon with the authors by means of e-mail communication.

The typeset article proof will be sent by e-mail to the corresponding author; it must be carefully checked and returned until the stipulated date.

Complementary information (should be sent in a separate file)

a) Conflict of interest. The works submitted for publication must comprise information on the existence of any type of conflict of interest. Financial conflict of interest, for example, is related not only to the direct research funding, but also to employment link. In case there is no conflict, it will suffice to place on the title page the statement "*I declare that there has been no conflict of interest regarding the conception of this work*".

b) Contributors. Individual contributions of each author should be specified at the end of the text. According to the authorship criteria developed by the International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE), authorship should be based on the following conditions: a) substantial contribution to the conception and the design of the work, or to the analysis and interpretation of data for the work; b) substantial contribution to drafting the work or critically revising the contents; and c) participation at the final approval of the version to be published.

c) Acknowledgements. (Optional).

MANDATORY DOCUMENTATION TO BE DIGITALIZED AND SENT THROUGH THE JOURNAL'S SYSTEM AT THE MOMENT OF THE ARTICLE REGISTER

1. Declaration of responsibility and assignment of copyright

All the authors and co-authors must fill in and sign the statements following the models available at: <http://revista.saudeemdebate.org.br/public/declaration.docx>.

2. Approval statement by the Research Ethics Committee (CEP)

In the case of researches involving human beings, carried out in Brazil, in compliance with Resolution 466, of 12th December 2012, from the National Health Council (CNS), the research approval statement of the Research Ethics Committee from the institution where the work has been carried out must be forwarded. In case the institution does not have a CEP, the document issued by the CEP where the research has been approved must be forwarded. Researches carried out in other countries: attach declaration indicating full compliance with the ethical principles and specific legislations.

MANDATORY DOCUMENTATION TO BE SENT AFTER APPROVAL OF THE ARTICLE

1. Statement of spelling and grammar proofreading

Upon acceptance, articles must be proofread by a qualified professional to be chosen from a list provided by the journal. After proofreading, the article shall be returned together with a statement from the proofreader.

2. Statement of translation

The articles accepted may be translated into English on the authors' responsibility. In this case, the translation shall be carried out by a qualified professional to be chosen from a list provided by the journal. The translated article shall be returned together with a statement from the translator.

Correspondence address

Avenida Brasil, 4.036, sala 802
CEP 21040-361 - Manguinhos, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Tel.: (21) 3882-9140/9140
Fax: (21) 2260-3782
E-mail: revista@saudeemdebate.org.br

Saúde em Debate

Instrucciones para los autores

ACTUALIZADAS EN MARZO DE 2019

ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

La revista 'Saúde em Debate' (Salud en Debate), creada en 1976, es una publicación del Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes). Su objetivo es divulgar estudios, investigaciones y reflexiones que contribuyan para el debate en el campo de la salud colectiva, en especial aquellos que tratan de temas relacionados con la política, la planificación, la gestión y la evaluación de la salud. La revista le otorga importancia a trabajos con abordajes teórico-metodológicos diferentes que representen contribuciones de las variadas ramas de las ciencias.

La periodicidad de la revista es trimestral. Y de acuerdo al criterio de los editores son publicados números especiales que siguen el mismo proceso de sujeción y evaluación de los números regulares.

'Saúde em Debate' acepta trabajos originales e inéditos que aporten contribuciones relevantes para el conocimiento científico acumulado en el área.

Los trabajos enviados a la revista son de total y exclusiva responsabilidad de los autores y no pueden ser presentados simultáneamente a otra, ni parcial ni integralmente.

En el caso de la aprobación y publicación del artículo en la revista, los derechos de autor referidos al mismo se tornarán propiedad de la revista que adopta la Licencia Creative Commons CC-BY (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt>) y la política de acceso abierto, por lo tanto, los textos están disponibles para que cualquier persona los lea, baje, copie, imprima, comparta, reutilice y distribuya, con la debida citación de la fuente y la autoría. En estos casos, ningún permiso es necesario por parte de los autores o de los editores.

'Saúde em Debate' no cobra tasas a los autores para la evaluación de sus trabajos. Si el artículo es aprobado queda bajo la responsabilidad de estos la revisión (obligatoria) del idioma y su traducción para el inglés (opcional), teniendo como referencia una lista de revisores y traductores indicados por la revista.

La revista cuenta con un Consejo Editorial que contribuye a la definición de su política editorial. Sus miembros integran el Comité Editorial y/o el banco de árbitros en sus áreas específicas.

Antes de que sean enviados para la evaluación por los pares, los artículos sometidos a la revista 'Saúde em Debate' pasan por un software detector de plagio, Plagiarisma y Copyspider. Así es posible que los autores sean cuestionados sobre informaciones identificadas por la herramienta para garantizar la originalidad de los manuscritos y las referencias a todas las fuentes de investigación utilizadas. El plagio es un comportamiento editorial inaceptable y, de esa forma, en caso de que sea comprobada su existencia, los autores involucrados no podrán someter nuevos artículos para la revista.

NOTA: La producción editorial de Cebes es el resultado de apoyos institucionales e individuales. La colaboración para que la revista 'Saúde em Debate' continúe siendo un espacio democrático de divulgación de conocimientos críticos en el campo de la salud se dará por medio de la asociación de los autores al Cebes. Para asociarse entre al *site* <http://www.cebes.org.br>.

ORIENTACIONES PARA LA PREPARACIÓN Y LA SUJECIÓN DE LOS TRABAJOS

Los trabajos deben ser presentados en el *site*: www.saudeemdebate.org.br. Después de su registro, el autor responsable por el envío creará su logín y clave para el acompañamiento del trámite.

Modalidades de textos aceptados para publicación

- 1. Artículo original:** resultado de una investigación científica que pueda ser generalizada o replicada. El texto debe contener un máximo 6.000 palabras.
- 2. Ensayo:** un análisis crítico sobre un tema específico de relevancia e interés para la coyuntura de las políticas de salud brasileña e internacional. El trabajo debe contener un máximo de 7.000 palabras.
- 3. Revisión sistemática o integradora:** revisiones críticas de la literatura de un tema actual de la salud. La revisión sistemática sintetiza rigurosamente investigaciones relacionadas con una cuestión. La integrativa proporciona una información más amplia sobre el tema. El texto debe contener un máximo de 8.000 palabras.
- 4. Artículo de opinión:** exclusivamente para autores invitados por el Comité Editorial, con un tamaño máximo de 7.000 palabras. En este formato no se exigirán resumen y abstract.
- 5. Relato de experiencia:** descripciones de experiencias académicas, asistenciales o de extensión con hasta 5.000 palabras y que aporten contribuciones significativas para el área.

6. Reseña: reseñas de libros de interés para el área de la salud colectiva de acuerdo al criterio del Comité Editorial. Los textos deberán presentar una visión general del contenido de la obra, de sus presupuestos teóricos y del público al que se dirigen, con un tamaño de hasta 1.200 palabras. La portada en alta resolución debe ser enviada por el sistema de la revista.

7. Documento y declaración: a criterio del Comité Editorial, trabajos referentes a temas de interesse histórico o coyuntural.

Importante: en todos los casos, el número máximo de palabras incluye el cuerpo del artículo y las referencias. No incluye título, resumen, palabras-clave, tablas, cuadros, figuras y gráficos.

Preparación y sujeción del texto

El texto puede ser escrito en portugués, español o inglés. Debe ser digitalizado en el programa Microsoft®Word o compatible y grabado en formato doc o docx, para ser anexado en el campo correspondiente del formulario de envío. No debe contener ninguna información que permita identificar a los autores o las instituciones a las que se vinculan.

Y digitalizado en hoja patrón A4 (210x297mm), margen de 2,5 en cada uno de los cuatro lados, letra Times New Roman tamaño 12, espacio entre líneas de 1,5.

El trabajo debe contener:

Título: que exprese clara y sucintamente el contenido del texto en un máximo de 15 palabras. El título se debe escribir en negritas, sólo con iniciales mayúsculas para nombres propios. El texto en español y portugués debe tener el título en el idioma original y en Inglés. El texto en Inglés debe tener el título en Inglés y portugués.

Resumen: en portugués y en Inglés o Español y en Inglés con no más de 200 palabras, en el que queden claros los objetivos, el método utilizado y las principales conclusiones. Debe ser no estructurado, sin emplear tópicos (introducción, métodos, resultados, etc.), citas o siglas, a excepción de abreviaturas reconocidas internacionalmente.

Palabras-clave: al final del resumen, debe incluirse de tres a cinco palabras-clave, separadas por punto (sólo la primera inicial mayúscula), utilizando los términos presentados en el vocabulario estructurado (DeCS), disponibles en: www.decs.bvs.br.

Registro de ensayos clínicos: la revista 'Saúde em Debate' apoya las políticas para el registro de ensayos clínicos de la Organización Mundial de Salud (OMS) y del International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE), reconociendo su importancia para el registro y la divulgación internacional de informaciones de los

mismos. En este sentido, las investigaciones clínicas deben contener el número de identificación en uno de los registros de Ensayos Clínicos validados por la OMS y ICMJE y cuyas direcciones están disponibles en: <http://www.icmje.org>. En estos casos, el número de la identificación deberá constar al final del resumen.

Ética en investigaciones que involucren seres humanos: la publicación de artículos con resultados de investigaciones que involucra a seres humanos está condicionada al cumplimiento de los principios éticos contenidos en la Declaración de Helsinki, de 1964, reformulada en 1975, 1983, 1989, 1996, 2000 y 2008 de la Asociación Médica Mundial, además de atender a las legislaciones específicas del país en el cual la investigación fue realizada, cuando las haya. Los artículos con investigaciones que involucrar a seres humanos deberán dejar claro en la sección de material y métodos el cumplimiento de los principios éticos y encaminar una declaración de responsabilidad en el proceso de sometimiento.

La revista respeta el estilo y la creatividad de los autores para la composición del texto; sin embargo, el texto debe observar elementos convencionales como:

Introducción: con una definición clara del problema investigado, su justificación y objetivos;

Material y métodos: descritos en forma objetiva y clara, permitiendo la replicación de la investigación. En caso de que ella envuelva seres humanos, se registrará el número de opiniones aprobatorias del Comité de Ética en Pesquisa (CEP);

Resultados y discusión: pueden ser presentados juntos o en ítems separados;

Conclusiones o consideraciones finales: que depende del tipo de investigación realizada;

Referencias: Deben constar sólo los autores citados en el texto y seguir los Requisitos Uniformes de Manuscritos Sometidos a Revistas Biomédicas del ICMJE, utilizados para la preparación de referencias (conocidos como 'Estilo de Vancouver'). Para mayores aclaraciones, recomendamos consultar el Manual de Normalización de Referencias (<http://revista.saudeemdebate.org.br/public/manualvancouver.pdf>).

OBSERVACIONES

La revista no utiliza subrayados ni negritas para resaltar partes del texto. Utiliza comillas simples para llamar la atención de expresiones o títulos de obras. Ejemplos: 'puerta de entrada'; 'Salud en Debate'. Las palabras en otros idiomas se deben escribir en cursivas, con la excepción de nombres propios.

Se debe evitar el uso de iniciales mayúsculas en el texto, con la excepción de las absolutamente necesarias.

Los testimonios de sujetos deberán ser presentados igualmente en cursivas y entre comillas dobles en el cuerpo del texto (si son menores de tres líneas). Si son mayores de tres líneas, deben escribirse en de la misma manera, sin comillas, desplazadas del texto, con retroceso de 4 cm, espacio simple y fuente 11.

No se debe utilizar notas al pie de página en el texto. Las marcas de notas a pie de página, cuando sean absolutamente indispensables, deberán ser numeradas y secuenciales.

Se debe evitar repeticiones de datos o informaciones en las diferentes partes que componen el texto.

Las figuras, gráficos, cuadros y tablas deben estar en alta resolución, en blanco y negro o escala de grises, y sometidos en archivos separados del texto, uno a uno, siguiendo el orden en que aparecen en el estudio (deben ser numerados y contener título y fuente). En el texto sólo tiene que identificarse el lugar donde se deben insertar. El número de figuras, gráficos, cuadros o tablas debe ser de un máximo de cinco por texto. El archivo debe ser editable (no extraído de otros archivos) y, cuando se trate de imágenes (fotografías, dibujos, etc.), tiene que estar en alta resolución con un mínimo de 300 DPI.

En el caso del uso de fotografías, los sujetos involucrados en estas no pueden ser identificados, a menos que lo autoricen, por escrito, para fines de divulgación científica.

Información sobre los autores

La revista acepta, como máximo, siete autores por artículo. La información debe incluirse sólo en el formulario de sometimiento conteniendo: nombre completo, nombre abreviado para citas bibliográficas, instituciones a las que están vinculados con hasta tres jerarquías, código ORCID ID (Open Researcher and Contributor ID) y correo electrónico.

PROCESO DE EVALUACIÓN

Todo original recibido por la revista 'Saúde em Debate' es sometido a un análisis previo. Los trabajos que no estén de acuerdo con las normas de publicación de la revista serán devueltos a los autores para su adecuación y una nueva evaluación.

Una vez cumplidas integralmente las normas de la revista, los originales serán valorados por el Comité Editorial, compuesto por el editor jefe y por editores asociados, quienes evaluarán la originalidad, el alcance, la actualidad y la relación con la política editorial de la revista. Los trabajos recomendados por el comité serán evaluados, por lo menos, por dos arbitros indicados de acuerdo con el tema del trabajo y su experticia, quienes podrán aprobar, rechazar y/o hacer recomendaciones a los autores.

La evaluación es hecha por el método del doble ciego, esto es, los nombres de los autores y de los evaluadores son omitidos durante todo el proceso de evaluación. En caso de que se presenten divergencias de opiniones, el trabajo será encaminado a un tercer evaluador. De la misma manera, el Comité Editorial puede, a su criterio, emitir un tercer juicio. Cabe a los evaluadores, como se indicó, recomendar la aceptación, rechazo o la devolución de los trabajos con indicaciones para su corrección. En caso de una solicitud de corrección, los autores deben devolver el trabajo revisado en el plazo estipulado. Si los autores no se manifiestan en tal plazo, el trabajo será excluido del sistema.

El Comité Editorial tiene plena autoridad para decidir la aceptación final del trabajo, así como sobre las alteraciones efectuadas.

No se admitirán aumentos o modificaciones después de la aprobación final del trabajo. Eventuales sugerencias de modificaciones de la estructura o del contenido por parte de los editores de la revista serán previamente acordadas con los autores por medio de la comunicación por *e-mail*.

La versión diagramada (prueba de prensa) será enviada igualmente por correo electrónico al autor responsable por la correspondencia de la revisión final y deberá devolverla en el plazo estipulado.

Información complementaria (deben enviarse en un archivo separado)

a) Conflicto de intereses. Los trabajos encaminados para la publicación deben informar si tienen algún tipo de conflicto de intereses. Los conflictos de interés financiero, por ejemplo, no están relacionados solo con la financiación directa de la investigación, sino también con el propio vínculo de trabajo. Si no hay conflicto, será suficiente la información "*Declaro que no hubo conflictos de intereses en la concepción de este trabajo*" en la hoja de presentación del artículo.

b) Colaboradores. Deben estar especificadas las contribuciones individuales de cada autor en la elaboración del artículo. Según el criterio de autoría de ICMJE, los autores deben contemplar las siguientes condiciones: 1) contribuir substancialmente en la concepción y la planificación o en el análisis y la interpretación de los datos; 2) contribuir significativamente en la elaboración del borrador o la revisión crítica del contenido; y 3) participar de la aprobación de la versión final del manuscrito.

c) Agradecimientos. (Opcional).

LOS DOCUMENTOS RELACIONADOS A SEGUIR DEBEN SER DIGITALIZADOS Y ENVIADOS POR EL SISTEMA DE LA REVISTA EN EL MOMENTO DEL REGISTRO DEL ARTÍCULO

1. Declaración de responsabilidad y cesión de derechos de autor

Todos los autores y coautores deben llenar y firmar las declaraciones según el modelo disponible en: <http://revista.saudeemdebate.org.br/public/declaracion.docx>.

2. Dictamen de Aprobación del Comité de Ética en Investigación (CEP)

En el caso de investigaciones que involucren a seres humanos realizadas en Brasil, en los términos de la Resolución 466 del 12 de diciembre de 2012 del Consejo Nacional de Salud, debe enviarse el documento de aprobación de la investigación por el Comité de Ética en Investigación de la institución donde el trabajo fue realizado. En el caso de instituciones que no dispongan de un CEP, deberá presentarse el documento del CEP por el cual fue aprobada. Las investigaciones realizadas en otros países, deben anexar la declaración indicando el cumplimiento integral de los principios éticos y de las legislaciones específicas.

DOCUMENTOS OBLIGATORIOS QUE DEBEN SER ENVIADOS DESPUÉS DE LA APROBACIÓN DEL ARTÍCULO

1. Declaración de revisión ortográfica y gramatical

Los artículos aprobados deberán ser revisados ortográfica y gramaticalmente por un profesional cualificado, según una lista de revisores indicados por la revista. El artículo revisado debe estar acompañado de la declaración del revisor.

2. Declaración de traducción

Los artículos aprobados podrán ser, a criterio de los autores, traducidos al inglés. En este caso, la traducción debe ser hecha igualmente por un profesional cualificado, siempre de acuerdo a una lista de traductores indicados por la revista. El artículo traducido debe estar acompañado de la declaración del traductor.

Dirección para correspondencia

Avenida Brasil, 4.036, sala 802
CEP 21040-361 - Manguinhos, Rio de Janeiro (RJ), Brasil
Tel.: (21) 3882-9140/9140
Fax: (21) 2260-3782
E-mail: revista@saudeemdebate.org.br



DEMOCRACIA

SAÚDE

ASSOCIE-SE

<http://cebes.org.br/associados>

Diagramação e editoração eletrônica

Layout and desktop publishing

Rita Loureiro

www.apoioacultura.com.br

Design de Capa

Cover design

Alex I. Peirano Chacon

Normalização, revisão e tradução de texto

Normalization, proofreading and translation

Ana Karina Fuginelli (inglês/*english*)

Ana Luísa Moreira Nicolino (inglês/*english*)

Annabella Blyth (inglês/*english*)

Carina Munhoz (normalização/*normalization*)

Lucas Figueiredo (normalização/*normalization*)

Luiza Nunes (normalização/*normalization*)

Wanderson Ferreira da Silva (português e inglês/*portuguese and english*)

Capa em papel cartão ensocoat LD 250 g/m²

Miolo em papel couché matte LD 90 g/m²

Cover in ensocoat LD 250 g/m²

Core in couché matte LD 90 g/m²

Site: www.cebes.org.br • www.saudeemdebate.org.br

E-mail: cebes@cebes.org.br • revista@saudeemdebate.org.br

Saúde em Debate: Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Cebes – n.1 (1976) – São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Cebes, 2019.

v. 43. n. especial 4; 27,5 cm

ISSN 0103-1104

1. Saúde Pública, Periódico. I. Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Cebes

CDD 362.1

cebes

Centro Brasileiro de Estudos de Saúde

www.cebes.org.br

www.saudeemdebate.org.br